

بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة

الكتاب الخامس

الجزء الأول

تأليف

أ. د. علي محيي الدين القره داغي










رفع
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

حقيبة الدكتور
على القره داغي الاقتصادية
(٦)

إصدارات

وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية

إدارة الشؤون الإسلامية - دولة قطر

الطبعة الأولى

١٤٣١هـ - ٢٠١٠م

شركة دار البشائر الإسلامية

للطباعة والنشر والتوزيع ش. م. م

أسسها الشيخ رمزي دمشقية رحمه الله تعالى سنة ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م

بيروت - لبنان ص.ب: ١٤/٥٩٥٥ هاتف: ٧٠٢٨٥٧

فاكس: ٠٠٩٦١١/٧٠٤٩٦٣ e-mail: bashaer@cyberia.net.lb

حقيبة الدكتور علي القره داغي الاقتصادية
(٦)

بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة

الكتاب الخامس

الجزء الأول

تأليف
أ. د. علي محيي الدين القره داغي





بسم الله الرحمن الرحيم

المقدّمة

الحمدُ لله ربّ العالمين، والصَّلاة والسَّلام على المبعوث رحمةً للعالمين محمَّد وعلى آله وصحبه ومَن تبع هداه إلى يوم الدِّين، يومَ لا ينفعُ مالٌ ولا بنون إلَّا مَن أتى الله بقلبٍ سليم.

وبعد:

فهذه مجموعة من البحوث في مجموعة من القضايا المالية المعاصرة قدمت إلى المجامع الفقهية، والمؤتمرات والندوات والحلقات الفقهية والاقتصادية خلال أكثر من عشرة أعوام، تتضمَّن الموضوعات التالية:

* الزكاة والضريبة في الفقه الإسلامي والقانون.
* حديث: «لا تبع ما ليس عندك»، سنده وفقهه، دراسة تحليلية.
* عقد الاستصناع بين الاتِّباع والاستقلال، واللزوم والجواز.
* أحكام التصرُّف في الدُّيون، دراسة فقهية مقارنة.
* أحاديث النهي عن صفقتين في صفقة واحدة سندها ومتنها وفقهها، دراسة تحليلية.
* الحقوق المعنوية وتطبيقاتها المعاصرة والتصرُّف فيها وزكاتها، دراسة فقهية تأصيلية.
* القبض وتطبيقاته المعاصرة في العقود والبنوك الإسلامية ـ دراسة فقهية مقارنة ـ.

* تنمية موارد الوقف والحفاظ عليها (دراسة فقهية مقارنة).

* الصفات المؤثرة في العلاقة بين الشركات (الشخصية الاعتبارية، الذمة المالية، الملكية المتداخلة، السيطرة) ـ بحث فقهي قانوني مقارن ـ.

* الإجارة وتطبيقاتها المعاصرة (الإجارة المنتهية بالتمليك وصكوك الإجارة) (دراسة فقهية مقارنة).

* الإجارة على منافع الأشخاص (دراسة فقهية مقارنة).

وهي من أهمّ البحوث التي تتضمَّنها هذه المجموعة، وهي تعالج عدداً من القضايا المعاصرة والمستجدات التي تحتاج إلى اجتهادات نابعة من النصوص الشرعية، ومن مقاصدها، ومما يمكن أن تسعفنا به أقوال علمائنا السابقين؛ وقد بذلتُ فيها جهوداً بقدر طاقتي، سائلاً الله تعالى أن يتقبَّلها منِّي بقَبول حسن وأن ينفع بها المسلمين، وآخر دعوانا أن الحمد لله ربّ العالمين.

كتبه

أ.د. علي محيي الدّين القره داغي



الزَّكاة والضَّريبة
في الفقه الإسلامي والقانون

تمهيد:

إنَّ ممَّا لا شكَّ فيه أنَّ نظام الزَّكاة في الإسلام أهمّ نظام مالي يؤدِّي إلى خلق توازن بين طبقات المجتمع، فلا يزداد الغني غنًى ولا الفقير فقراً، بل يجعل المال دولة بين الجميع، ويؤخذ من الغني ليعطى إلى الفقير حتى يكون لديه حد الكفاية والحاجة، فيعيش الجميع في ظل أمن وأمان وحب ووئام بعيداً عن الحقد والبغض والحسد والشحناء ليصبحوا كجسدٍ واحد إذا اشتكى منه عضو تداعى له سائر الجسد بالسهر والحمى، إضافة إلى أن الزكاة عبادة وقربة لله وأجر ومثوبة عنده يوم القيامة، وتزكية للنفس، وتطهير من أدرانها وصلة وسكينة.

غير أن الزكاة هي الركن الواجب الأساسي والقاعدة العامة للعلاقات المالية بين المسلمين بحيث يؤدي أداؤها بالشكل المطلوب إلى القضاء على آثار الفقر المدقع والمجاعة والمشاكل المالية التي يعاني منها كثير من المجتمعات البشرية، ولكنها على الرغم من أهميتها ليست هي كل النظام المالي الإسلامي ولا الحق الوحيد في المال وإنما يوجد في المال حقوق مالية أخرى كحقوق النفقة، والكفارات ونحوها، بل إن فيه حقًّا سوى الزكاة ولا سيما عند الأزمات والشدائد حيث أعطى الإسلام الحق لولي الأمر في فرض حق آخر سوى الزكاة عند الحاجة وبضوابط شرعية.

فبحثنا عن الحق الذي يسمى في الأنظمة الوضعية بالضريبة التي يراد بها حق الدولة في فرض قدر من المال حتى تستطيع الوفاء بالدفاع

وتقديم الخدمات ونحوها، كما سيأتي، إضافة إلى الإنفاق الطوعي الذي دعا إليه الإسلام وسماه قرضاً مع الله فيضاعفه أضعافاً مضاعفة.

والسؤال الذي يجيب عنه هذا البحث هل تستطيع الدولة الإسلامية فرض الضرائب بجانب الزكاة؟ وما هي العلاقة بينها وبين الزكاة؟ وما هي الفروق الجوهرية بين النظامين من حيث الصرف، والأسس النظرية والوعاء، ومبادىء العدالة؟ وهل يمكن خصم الضريبة من الزكاة في ظل ظروفنا الحالية؟ وهل يمكن وضع نظام ضريبي يغني عن الزكاة؟ ونحو ذلك.

وقد تبنَّت الهيئة العالمية للزكاة بالكويت مشكورة عدَّة ندوات حول هذا النظام المالي الإسلامي (الزكاة)، وخصصت جزءاً من ندوتها الرَّابعة للبحث عن الزكاة والضريبة، وطلبت مني بحث هذا الموضوع، وهأنذا أقدم بحثي المتواضع إلى الندوة الموقرة معتذراً عن أوجه القصور... سائلاً الله تعالى أن يسدد خطانا على طريق الحق، ويلهمنا الحق ويعصمنا من الزلل في العقيدة والقول والعمل ويجعل كل أعمالنا خالصة لوجهه الكريم فهو مولانا فنعم المولى ونعم النصير.

الضريبة لغة واصطلاحاً:

الضريبة لغة: مؤنث الضريب، وهو: الرأس، والموكل بالقداح، أو الذي يضرب بها[1].

وجاء في المعجم الوسيط (الضريبة مؤنث الضريب)، ثمَّ بعد أن رمز إلى المعنى الجديد لها قال: هو ما يفرض على الملك والعمل، والدخل للدولة، وتختلف باختلاف القوانين والأحوال وجمعها ضرائب[2].

---

(١) القاموس المحيط ـ مؤسسة الرسالة ـ لسان العرب، ط دار المعارف، والمعجم الوسيط، ط قطر مادة (ضرب).

(٢) المعجم الوسيط (١/ ٥٣٧).

الضريبة في الاصطلاح (حسب تطوُّر معناها)[1]:

لا يسعنا أن نعرّف (الضريبة) تعريفاً واحداً دون النظر إلى تطورها، وتغير مفهومها، وملاحظة عنصر الزمن والتاريخ فيها، فقد كانت في عهد الإمبراطوريات الرومانية والفارسية من أعمال السيادة حيث تفرضها السلطة بقصد تغطية نفقات الحرب والدفاع والخدمات العامة، بل ونفقات القصر، كما أن جبايتها كانت تتم في أغلب الأحيان دون مراعاة قواعد العدالة والإنسانية[2].

ثمَّ أدى التطور في الفلسفات الاجتماعية والسياسية منذ القرن الثَّامن عشر الميلادي إلى تطوير مفهوم الضريبة، حيث أصبحت في مقابل ما تقدمها الدولة للأفراد من خدمات ولذلك كان البرلمان ينظر إلى تقدير ثمن الخدمات في مقابل الضريبة طبقاً لنظرية التعادل، ومن هنا تعددت الاتِّجاهات في تكييفها، فرأى البعض أنها تنبثق من فكرة العقد الاجتماعي التي نادى بها (جان جاك روسو)، بل سمّاها البعض بالعقد الضريبي على أساس أن المواطن كما قال (مونتسكيو): يعطي جزءاً من دخله للدولة في مقابل ضمانها للنظام والعدالة، وكيّفها (ميرابوا) على أساس أن دفع الضريبة تعبير عن رضا مسبق من قبل المواطن للحصول على حماية السلطة لشخصه ولأمواله، بينما صوّرها بعض آخر بأنها عقد تأمين بين الدولة والمواطنين ضد الأخطار التي يتعرضون لها في مقابل سدادهم للضريبة، واعتبرها (ثيرس) بمثابة عقد

---

(١) د. عبد الكريم صادق بركات: النظم الضريبية: ط الدار الجامعية ببيروت (ص١٧)، ويراجع للتفصيل: د. يونس البطريق: النظم الضريبية، ط الدار الجامعية ببيروت ١٩٨٧م (ص٢٧)، وما بعدها ود. علي عباس عياد: النظم الضريبية المقارنة، ط مؤسسة شباب الجامعية بالإسكندرية ١٩٧٨م (ص١٧)، ود. عادل حشيش ووجدي محمود حسين: التشريع الضريبي المصري، ط الإسكندرية (ص١)، وندوة المعاملة الضريبية التي عقدت في الأردن في أكتوبر ١٩٨٤م.

(٢) د. يونس البطريق ـ المرجع السابق (ص٧).

الشركة، حيث يسهم كل من الدولة والمواطن في تحمل أعباء الحماية، واعتبرها (آدم سميث) بمثابة عقد إيجار يستأجر المواطن بمقتضاه ما تقدمه الدولة من خدمات مقابل ما يدفعه من ضرائب، كما اعتبرها (هوبز) و(لوك) بمثابة ثمن للسلام، بينما عرفتها مدرسة الطبيعيين في دستورها عام ١٧٨٩م بأنها: دَيْن عام على جميع المواطنين وثمن للمزايا التي يزودهم بها المجتمع[١]، لكن هذه النظرية تعرضت لنقد شديد أكثر من نظرية العقد الاجتماعي؛ لأن من المستحيل تقييم ما تقوم به الدولة من معاملات، كما أنه من المستبعد فكرة مقابلة ثمن التضحيات الضريبية بقيمة ما تقدمه الدولة من خدمات، إضافة إلى أن التزام الدولة بالحماية ليس منشؤه التزام المواطن بدفع الضريبة، فضلاً عن أن في صبغ الضريبة بطابع الثمن مجافاة لظاهرة تفاوت أعباء الضريبة على الأفراد التي لا شك أنها لا تستقيم مع مبدأ وحدة الثمن[٢].

وحاولت الفلسفات السياسية حتى أوائل القرن العشرين أن تضفي على مفهوم الضريبة طابعاً حياديًّا يتمثل في إستعانة الدولة بها لتغطية النفقات اللازمة للقيام بمهامها المحدودة، غير أن هذا الطابع الحيادي لها لم يتحقق بسبب ما يتطلب من ضرورة توافر المساواة التامة في تطبيق الضريبة من ناحية، وانخفاض عبئها إلى أقصى حدود من ناحية أخرى، كما تنازع هذا المفهوم مبدأ وفرة الحصيلة التي يتطلب العمومية والشمول لجميع المواطنين، ومبدأ العدالة التي تقتضي مراعاة التفاوت بين مستويات الدخول من خلال فرض الضرائب التصاعدية على الدخول المرتفعة لتمويل الخدمات العامة التي يستفيد منها أصحاب الدخول المنخفضة[٣]. لكن العدالة في الضريبة قد ثار

---

(١) د. يونس البطريق ـ المرجع السابق (ص٩ ـ ١٠)، ومصادره المعتمدة ـ ود. عبد الكريم صادق بركات: النظم الضريبية (ص١٩).

(٢) د. يونس البطريق: المرجع السابق (ص١٢).

(٣) المرجع السابق (ص١٦)، ومصادره المعتمدة.

في تفسيرها اختلاف حيث فسرها البعض تفسيراً ضيّقاً يكمن في أنها المساواة في التضحية أو التوزيع العادل للأعباء الضريبية بين المواطنين، فقد فسَّرها (آدم سميث) بأنها المساواة في المقدرة التكليفية حيث يتناسب إسهام كل مكلف في النفقات العامة ومقدار يساره، بينما فسَّره الآخرون تفسيراً واسعاً بحيث يشمل جميع جوانب الضريبة من تحصيلها إلى إنفاقها، ويتخطى النطاق التقليدي لها الذي ينحصر في مجرد تحقيق عادل للعبء الضريبي[1].

وأما مفهوم الضريبة المعاصر (منذ بداية القرن العشرين) وبالذات منذ عام ١٩٢٩م فيكمن في اعتبارها أحد المصادر الرئيسية للتمويل ووسيلة فعالة تمكن الدولة من التدخل في الحياة الاقتصادية، والاجتماعية، وتوجيه النشاط الاقتصادي وجهة معينة[2].

وبعد هذا العرض الموجز نرى أن معظم المعاصرين يكادون يتفقون على هذا التعريف الآتي للضريبة أو نحوه وهو: اقتطاع نقدي جبري نهائي يتحمله الممول ويقوم بدفعه بلا مقابل وفقاً لمقدرته التكليفية مساهمة في الأعباء العامة، أو لتدخل السلطة لتحقيق أهداف معينة[3].

وإذا شرحنا مفردات هذا التعريف نرى فروقاً جوهريَّة بين الضريبة بمفهومها الحالي عن السابق، فالضريبة اليوم إلتزام نقدي كقاعدة عامة إلَّا استثناءات نادرة بينما كانت الضريبة في السابق تجبى عينيًّا أيضاً، كما أنها ينظر إليها بأنها في مقابل ـ كما سبق ـ بينما أصبحت اليوم ينظر إليها بأنها بدون مقابل، كما أنها تختلف عن الرسوم حيث أنها اقتطاع نقدي يدفعه الفرد مقابل نفع خاص يحصل عليه، إضافة إلى أن دفع الرسوم اختياري من حيث

(١) المرجع السابق (ص١٨ ـ ٢٢).
(٢) المرجع السابق (ص١٨ ـ ٢٢).
(٣) د. عبد الكريم صادق بركات: النظم الضريبية (ص١٧)، وانظر قريباً منه: د. يونس البطريق: المرجع السابق (ص٢٦)

أنه يمكن أن لا يطلب الفرد تلك الخدمة، وبالتالي لا يدفع الرسوم، أما الضريبة فلا مندوحة من دفعها، ولكن أهمّ مميز للضريبة هو أنها فرض الضريبة تستهدف تغطية النفقات العامة أو أهداف المجتمع الأخرى[١].

أسس فرض الضرائب:

يمكن تلخيص هذه الأسس في الإنتاج القومي، والدخل القومي، والإنفاق القومي، حيث نظر إلى هذه الأسس الثلاثة عند فرض الضرائب، ولا يمكننا في هذا البحث أن نتطرق إلى تفصيل هذه الأسس وما يدور في فلكها[٢].

الضريبة في السُّنَّة:

لم يرد لفظ (الضريبة) في القرآن الكريم، ولكنه ورد في السُّنَّة المشرفة أكثر من مرة حتى عقد البخاري باباً باسم: باب ضريبة العبد وتعاهد ضرائب الإماء، أورد فيه حديث أنس بن مالك الذي رواه مسلم أيضاً قال: (حجم أبو طيبة النبي ﷺ فأمر له بصاع، أو صاعين من طعام، وكلّم مواليه فخفف عن غلته أو ضريبته)[٣]. قال الحافظ ابن حجر: الضريبة ـ بفتح المعجمة ـ فعيلة بمعنى مفعولة: ما يقدره السيد على عبده في كل يوم، وضرائب جمعها، ويقال لها: خراج وغلة، وأجر. . ولعله أشار بالترجمة إلى ما أخرجه هو في تاريخه من طريق أبي داود الأحمري قال: خطبنا حذيفة حين قدم المدائن فقال: تعاهدوا ضرائب إمائكم قال ابن المنير في الحاشية: كأنه أراد

---

(١) د. بركات: المرجع السابق (ص٢٣ ـ ٢٤)، والمراجع السابقة.

(٢) د. يونس البطريق المرجع السابق (ص٢٩)، والمراجع السابقة.

(٣) صحيح البخاري ـ مع فتح الباري، ط السلفية ـ القاهرة ـ كتاب الإجارة (٤/ ٤٥٨)، ورواه مسلم في صحيحه، ط عيسى الحلبي ـ كتاب المساقاة (٣/ ١٢٠٤) ـ وأحمد في مسنده (٣/ ١٨٢ ـ ٢٨٢).

بالتعاهد التفقد لمقدار ضريبة الأمة، لاحتمال أن تكون ثقيلة فتحتاج إلى التكسب بالفجور، ودلالته من الحديث أمره ـ عليه الصلاة والسَّلام ـ بتخفيف ضريبة الحجام، فلزوم ذلك في حق الأمة أقعد وأولى لأجل الغائلة الخاصة بها[1]. قال الحافظ: ولابن أبي شيبة من هذا الوجه أنه ﷺ قال للحجام: «**كم خراجك؟**» قال: صاعان. قال: فوضع عنه صاعاً[2]. وفي رواية لأحمد «**كم ضريبتك؟**» قال: ثلاثة آصع. قال: فوضع عنه صاعاً[3].

والحديث برواياته يدل على جواز الضريبة اليومية المفروضة من السيد على عبده وجاريته مقابل عملها الحر، كما يدل على تدخل الدولة لمراقبة ذلك حتى لا يحدث ظلم أو حيف، وهل يمكن أن تقاس عليه الدولة في فرض ضرائب عادلة؟ هذا ما سنجيب عنه إن شاء الله في هذا البحث.

تعريف الزكاة لغة واصطلاحاً:

الزكاة لغة: من زكا يزكو زكاء بفتح الزاي، وزكوا، بمعنى النماء والريع، والزكاء بضم الزاي ما أخرجه الله من الثمر، ويمكن تلخيص معانيه في اللغة في: النماء، والريع، والطيب، والصلاح، والإصلاح، والتطهير، والطهارة، ونحو ذلك[4].

وفي اصطلاح الفقهاء:

عرَّفها فقهاء الحنفية بأنها: اسم لفعل أداء حق يجب للمال، قال ابن الهمام: ومناسبته اللغوية أنه سبب له إذ يحصل به النماء بالإخلاف منه تعالى في الدارين والطهارة للنفس من دنس البخل والمخالفة، وللمال بإخراج

(١) فتح الباري (٤/ ٤٥٨).

(٢) فتح الباري (٤/ ٤٦٠).

(٣) مسند أحمد (٣/ ٣٥٣).

(٤) انظر: لسان العرب ـ قاموس المحيط مادة (زكاة).

حق الغير منه إلى مستحقه[1]. . وجاء في الدر المختار: شرعاً هي تمليك جزء مال عيّنه الشارع من مسلم فقير غير هاشمي ولا مولاه مع قطع المنفعة عن المملك من كل وجه لله تعالى، فقوله: (تمليك) خرج به الإباحة، فلو أطعم يتيماً ناوياً الزكاة لا يجزيه إلَّا إذا دفع إليه المطعوم، وقوله: (جزء مال) خرج المنفعة، فلو أسكن فقيراً داره سنة ناوياً الزكاة لا يجزيه، وهكذا[2].

وجاء في حاشية ابن عابدين: ونقل القهستاني: أنها شرعاً: القدر الذي يخرجه إلى الفقير، ثمَّ قال: وفي الكرماني: أنها في القدر مجاز شرعاً فإنها إيتاء ذلك القدر وعليه المحققون[3].

وجاء في شرح الخرشي تعريف الزكاة فقال: وشرعاً اسم لجزء من مال شرط وجوبه لمستحقه بلوغ المال نصاباً، ومصدراً إخراج جزء من المال شرط وجوبه. . . إلخ[4].

وعرَّفها فقهاء الشافعية بأنها: اسم لأخذ شيء مخصوص من مال مخصوص علىٰ أوصاف مخصوصة لطائفة مخصوصة[5].

وعرَّفها ابن قدامة الحنبلي بأنها: في الشريعة: حق يجب في المال[6].

---

(١) فتح القدير على الهداية ـ مع شرح العناية، ط مصطفى الحلبي بالقاهرة (٢/ ١٥٣).
(٢) انظر: الدر المختار مع حاشية رد المحتار، ط دار إحياء التراث العربي ببيروت (٢/٢ ـ ٤).
(٣) حاشية رد المحتار (٢/ ٢).
(٤) شرح الخرشي مع حاشية العدوي ـ ط بولاق مصر ١٣١٧هـ (٢/ ١٤٧).
(٥) يراجع: المجموع للإمام النووي ط شركة كبار العلماء بمصر (٥/ ٣٢٤)، وفتح العزيز للرافعي بهامش المجموع (٥/ ٣١٤)، ويراجع: الوسيط للغزالي، ط وزارة الأوقاف بقطر (٢/ ٩٨٩).
(٦) المغني لابن قدامة ـ ط الرياض (٢/ ٥٦٢).

وهذه التعاريف وإن وجد بينها اختلاف في الألفاظ والتعبير حيث أطلق على الإخراج نفسه وعلى القدر ولكنها متفقة من حيث الجوهر والمقصود[1].

الفرق بين الزكاة والضريبة من حيث التعريف:

على الرغم من أن كلًّا من الزكاة والضريبة يجمعهما كونهما إجباريين من حيث المبدأ حيث ليس هناك خيار في الدفع وعدمه، بل تجب الزكاة بحكم الشرع، والضريبة بحكم القانون وإذا امتنع فإن الدولة تأخذ المطلوب جبراً، كما أنهما قدر مالي ونسبة محدودة، لكنهما يختلفان في أمور كثيرة يفصلها البحث من حيث الحكمة والهدف، ومن حيث المصرف، والأسس والوعاء، ومن حيث المبادىء العامة ونحوها.

ونذكر هنا الفروق بينهما من حيث التعريف:

١ ـ **الزكاة** واجبة بحكم الله تعالى ورسوله ﷺ. **بينما الضريبة** تفرضها الدولة.

٢ ـ ليس لأحد الحق في تغيير حكم الشرع في الزكاة (وغيرها) مهما تغيرت الظروف والأحوال والمصالح. **بينما الضريبة** يعود إيجابها، إلى السلطة التشريعية فلها الحق في أن تفرض، أو أن تعدل عن إيجابها، وتجعلها اختيارية.

٣ ـ وكذلك ليس لأحد الحق في تغيير نسب الزكاة وأحكامها القطعية. بينما للدولة الحق في التصرُّف بكل ما يخص الضريبة زيادة ونقصاناً وإنشاء وإلغاء.

٤ ـ الضريبة حسب تعريفها المعاصر: (اقتطاع نقدي. . .). بينما الزكاة تشمل اقتطاعاً نقديًّا أو عينيًّا، بل إن زكاة الأعيان تدفع منها مباشرة، بل

---

(١) يراجع في تفصيل هذا الموضوع: فقه الزكاة لأستاذنا الدكتور يوسف القرضاوي، ط مؤسسة الرسالة (١/ ٣٧).

لا يجوز تغييرها إلى شيء آخر عند جمهور الفقهاء وحتى الذين قالوا بجواز دفع النقود بدل الأعيان قالوا ذلك من باب القيمة، فاعتبروا العين أصلاً ثمَّ قوّموها بالقيمة[1].

٥ ـ إن دفع الضريبة ليس فيه أجر وثواب، بل ليس لها مقابل. بينما الزكاة لها مقابل عظيم عند الله تعالى من الأجر والثواب والقربة إلى الله تعالى.

٦ ـ إن الضريبة تكون وفقاً للقدرات المالية وحاجات الدولة. بينما الزكاة محددة لا يجوز فيها الزيادة ولا النقصان.

٧ ـ الزكاة عبادة دينية وركن من أركان الإسلام الخمسة، ومفروضة على المسلمين فقط، وتحتاج في قبولها إلى النية. بينما الضريبة ليست كذلك.

٨ ـ الزكاة قد تجمعها الدولة، وقد لا تجمعها، وقد تجمع من الأموال الظاهرة دون الباطنة، وفي حالة عدم قيام الدولة بهذا العمل أو عدم وجود الدولة، فإن الواجب لا يسقط بل يجب على الأفراد أن يدفعوا زكاة أموالهم ويصرفوها في مصارفها. بينما الضريبة مرتبطة بالدولة، أو السلطة.

الحكمة من فرض الزكاة:

بيَّن القرآن الكريم والسُّنَّة النبوية المشرفة الحكمة من فرض الزكاة فقال تعالى: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِم بِهَا وَصَلِّ عَلَيْهِمْ إِنَّ صَلَوٰتَكَ سَكَنٌ لَّهُمْ وَٱللَّهُ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾[2].

---

(١) يراجع في تفصيل هذا الموضوع: فقه الزكاة لأستاذنا الدكتور يوسف القرضاوي، ط مؤسسة الرسالة (١/ ٣٧)، ويراجع: حاشية ابن عابدين (٢/ ٢٢)، وحاشية الدسوقي (١/ ٤٣٣)، والمجموع للنووي (٥/ ٥٢٨ ـ ٢٣٢)، والمغني لابن قدامة (٣/ ٦٥)، والمحلى لابن حزم (٦/ ١٩).

(٢) سورة التوبة: الآية ١٠٣.

وقال ﷺ: «**تخرج الزكاة من مالك، فإنها طهرة تطهرك**»[1].

حيث دلَّت الآية الكريمة على أن دفع الزكاة تطهير للنفس والمال، وتزكية وسكن لهم، ودلَّت آيات وأحاديث أخرى على أن الزكاة لدفع حاجة الفقراء، وتحقيق التكافل الاجتماعي، ومجتمع الخير والكفاية والرفاه، وأنها سبب الفلاح في الدنيا والآخرة، ولزيادة الأموال ومضاعفتها.

ويمكن ذكر هذه الحكم الآتية:

١ ـ إن أداء الزكاة يحقق عبودية المسلم لله تعالى، بحيث لا يقف المال حائلاً بينه وبين تنفيذ أمر الله تعالى، وبعبارة أخرى هل عبودية الشخص لله تعالى كاملة شاملة لجميع الأمور أم لا؟ وذلك لأن بعض الناس مستعدون للعبادة البدنية ولكنهم ليسوا مستعدين للبذل والعطاء، أو بالعكس، فبأداء الصلاة والزكاة تتكامل العبودية مع بقية العبادات الأخرى، فالمال عزيز على النفس فمن ذا الذي يكون قادراً على التضحية بالمال كما هو قادر على التضحية بالبدن والنفس؟

٢ ـ الزكاة تطهير للمال من الشبهات، ولنفس الغني من البخل والشح وحب المال وقد قال الله تعالى: ﴿وَمَن يُوقَ شُحَّ نَفْسِهِۦ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْمُفْلِحُونَ﴾[2]، كما أنها تطهير لنفس الفقير من البغض والحسد، والحقد الأسود كما يحدث ذلك في المجتمعات غير المسلمة حتى يصل الحقد الأسود إلى مرحلة القتل، وهذه الأمراض القلبية في غاية من الخطورة، ولذلك أراد الله تعالى تطهير المجتمع فقراء وأغنياء من هذه الأرجاس والأدران وأن

---

(١) رواه أحمد. قال الحافظ المنذري: ورجاله رجال الصحيح ـ نسبه الهيثمي في مجمع الزوائد (٣/ ٦٣) إلى الطبراني أيضاً وقال: رجاله رجال الصحيح ـ انظر: المنتقى من كتاب الترغيب للحافظ المنذري ـ انتقاء د. يوسف القرضاوي، ط قطر (١/ ١٩٩).

(٢) سورة الحشر: الآية ٩.

يعيشوا إخواناً متعاونين متحابين كجسد واحد وكبنيان مرصوص يشد بعضها بعضاً، كما لفظ الزكاة يعني التزكية وقد قال ﷺ: «**تخرج الزكاة من مالك فإنها طهرة تطهرك**».

٣ ـ الزكاة زيادة في المال ومضاعفة له، حيث يقول الله تعالى: ﴿وَمَآ ءَاتَيْتُم مِّن زَكَوٰةٍ تُرِيدُونَ وَجْهَ ٱللَّهِ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْمُضْعِفُونَ﴾[١]، وجاءت هذه الآية بعد قوله تعالى: ﴿وَمَآ ءَاتَيْتُم مِّن رِّبًا لِّيَرْبُوَاْ فِىٓ أَمْوَٰلِ ٱلنَّاسِ فَلَا يَرْبُواْ عِندَ ٱللَّهِ وَمَآ ءَاتَيْتُم مِّن زَكَوٰةٍ . . .﴾، حيث تدل على أن ميزان الزيادة والنقصان عند الله تعالى يختلف عن الموازين التي يزن بها الكافرون، فالربا الذي هو زيادة ظاهرة في المال نقص في الحقيقة والمال، والزكاة التي هي في ظاهرها نقصان لكنها زيادة عند الله تعالى حيث يضاعف الله تعالى المدفوع فيها أضعافاً مضاعفة يوم القيامة، وحتى في الدنيا حيث تقع البركة في الأموال التي دفعت زكاتها وفي صاحبها، وقد ورد في الحديث الصحيح عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «**من تصدق بعدل ثمرة من كسب طيب ولا يقبل الله إلَّا الطيب، فإن الله يتقبلها بيمينه، ثمَّ يربيها لصاحبه كما يربي أحدكم فلوه حتى تكون مثل الجبل**»[٢].

٤ ـ الزكاة فلاح وفوز بالجنة ونجاة من النار (بإذن الله تعالى) حيث وعد الله تعالى المؤمنين الذين يؤدون زكاتهم بالفلاح والفوز والجنة، فقال: ﴿قَدْ أَفْلَحَ ٱلْمُؤْمِنُونَ ۝١ ٱلَّذِينَ هُمْ فِى صَلَاتِهِمْ خَٰشِعُونَ ۝٢ وَٱلَّذِينَ هُمْ عَنِ ٱللَّغْوِ مُعْرِضُونَ ۝٣ وَٱلَّذِينَ هُمْ لِلزَّكَوٰةِ فَٰعِلُونَ﴾[٣]، وقال تعالى: ﴿قَدْ أَفْلَحَ مَن تَزَكَّىٰ﴾[٤]،

---

(١) سورة الروم: الآية ٣٩.

(٢) صحيح البخاري ـ مع الفتح ـ (٣/ ٢٧٨) ـ والفلو بفتح الفاء وضم اللام وتشديد الواو ـ هو المهر ـ وضرب به المثل؛ لأنه يزيد زيادة واضحة.

(٣) سورة المؤمنون: الآيات ١ ـ ٤.

(٤) سورة الأعلى: الآية ١٤.

ويقول الرسول ﷺ: «**اتَّقوا النَّار ولو بِشِقِّ تمرة**»[1]، بل إنَّ الزكاة إذا أديت دون إيذاء ومَنٍّ، وبخفاء تؤدى إلى أن يكون صاحبها في ظل عرش الله تعالى كما ورد في الحديث الصحيح: «**سبعة يظلهم الله تعالى في ظله يوم لا ظل إلَّا ظله... ورجل تصدق بصدقة فأخفاها حتى لا تعلم شماله ما تنفق يمينه**»[2].

٥ ـ الزكاة تنمية للمال وسبب للاستثمار والتجارة وبالتالي تدوير الأموال، والزيادة في الدورات الاقتصادية ﴿كَىۡ لَا يَكُونَ دُولَةَۢ بَيۡنَ ٱلۡأَغۡنِيَآءِ مِنكُمۡۚ﴾[3]، وذلك المسلم العاقل إذا علم بوجوب دفع الزكاة فإنه يبحث عن استثمار أمواله حتى لا تأكلها الصدقة والنفقة، وقد أكد المعنى هذا أحاديث منها ما رواه الشافعي بسنده عن يوسف بن ماهك أن رسول الله ﷺ، قال: «**ابتغوا في مال اليتيم، أو في أموال اليتامى، لا تذهبها، أو لا تستهلكها الصدقة**»، وقد صحح البيهقي والنووي إسناده، وروى الطبراني في الأوسط عن أنس بن مالك قال: قال رسول الله ﷺ: «**اتجروا في أموال اليتامى لا تأكلها الزكاة**»، قال الهيثمي: أخبرني سيدي وشيخي ـ أي: الحافظ زين الدين العراقي ـ أن إسناده صحيح[4]، وقد روي بسند صحيح موقوفاً على عمر، رواه عنه البيهقي وصححه بلفظ: «**ابتغوا في أموال اليتامى لا تأكلها الصدقة**»[5]، ورواه عنه مالك بلفظ: «**اتجروا في أموال اليتامى لا تأكلها الزكاة**»[6].

---

(١) رواه البخاري وغيره ـ صحيح البخاري مع الفتح ـ كتاب الزكاة (٣/ ٣٨٣).
(٢) صحيح البخاري ـ مع الفتح ـ (٣/ ٣٢٩).
(٣) سورة الحشر: الآية ٧.
(٤) انظر: السنن الكبرى (٤/ ١٠٧)، والمجموع للنووي، ومجمع الزوائد (٣/ ٦٧)، وفيض القدير (١/ ١٠٨)، ويراجع: فقه الزكاة لمزيد من التفصيل (١/ ١٠٩).
(٥) السنن الكبرى (٤/ ١٠٧).
(٦) الموطأ، ط الشعب بمصر (ص١٧١).

٦ ـ ومن أهمّ حكم الزكاة إشباع حاجات الفقراء والمساكين، والمساهمة في تقوية المجاهدين، ودعم الدعوة وتأليف القلوب ونحو ذلك أو بعبارة موجزة فإن الزكاة تساهم مساهمة كبيرة في تحقيق مجتمع التكافل والتعاون وفي حل المشكلات الاجتماعية والاقتصادية كالفقر والبطالة والدُّيون ونحوها.

الهدف من فرض الضريبة:

وأما الهدف من فرض الضرائب في الدول المعاصرة فهو تغطية تكاليف الدولة ومصاريفها وتطويرها بسبب الخدمات العامة والبطالة والحروب، والدفاع، والتطلع نحو الرقي والتقدم، فيستهدف نظام الضريبة توفير الأموال لتحقيق هذه الأغراض، فالضريبة هي أحد المصادر الرئيسية للتمويل، ووسيلة فعالة تمكن الدولة من التدخل في الحياة الاقتصادية والاجتماعية، وتوجيه النشاط الاقتصادي وجهة معينة.

وحقيقة الأمر: أن المفهوم المعاصر للضريبة لم يستبعد كلية المبدأين التقليديين للضريبة ـ هما وفرة الحصيلة والعدالة، وإن كان قد أضاف إليها مبدءًا جديداً ألا وهو التدخل . . . ـ، إن مبدأ التدخل الذي يقوم عليه المفهوم المعاصر للضريبة لا يتعارض مع مبدأ وفرة الحصيلة، والعدالة نتيجة عدم وجود اشتراط ووجود صراع أو تعارض بين كل من الأهداف الاجتماعية والاقتصادية والأهداف المالية، فالضريبة التي تهدف أساساً إلى تبديل الهيكل الاجتماعي إنما تهيىء للدولة في نفس الوقت لتحقيق حصيلة ضريبية لا بأس بها، والدليل على ذلك أن ضريبة الدخل التصاعدية في إنجلترا التي تحقق أهدافاً ذات طبيعة اجتماعية واقتصادية إنما تهيىء في الوقت نفسه مورداً رئيسيًّا لتمويل الخزانة العامَّة[١].

---

(١) د. يونس البطريق: المرجع السابق (ص٢٣ ـ ٢٤).

ومن هنا يمكننا أن نلخص الأهداف العامة للضريبة بمفهومها المعاصر في أهداف الدولة التي تحددها فلسفتها السياسية، فالدولة الرأسمالية التي ظلَّت طويلاً تحرص على اتِّخاذ موقف حيادي تجاه النشاط الاقتصادي كانت تكتفي من الضريبة كأداة مالية تمكنها من الحصول على موارد تكفي لتمويل الإنفاق العام الذي كان في أضيق الحدود، وبعبارة أخرى احتلت وفرة الحصيلة المكانة الأولى من بين أهداف الكيان الضريبي، لكن الدول الرأسمالية راحت تتجه بالضريبة إلى وظائف جديدة استجابة للأفكار الاجتماعية والاشتراكية التي أثرت في النظام الرأسمالي الذي بدأ يستعين بالضريبة كأداة لتحقيق أهداف اجتماعية واقتصادية إلى جانب كونها أداة تقليدية ومنها العمل للحد من التفاوت في توزيع الدخول والثروات عن طريق زيادة العبء الضريبي بالنسبة للدخول المرتفعة وتخفيضه إلى أقصى حد بالنسبة للدخول المنخفضة، أما الأنظمة الاشتراكية فتتخذ الضريبة بصفة رئيسية أداة مرنة من أدوات التوجيه الاقتصادي من ناحية، وأداة من أدوات الرقابة على الإنتاج، مقياساً لكفايته من ناحية أخرى[1].

مصرف الزكاة، ومصرف الضريبة:

مصارف الزكاة معروفة ومنصوصة في القرآن الكريم حيث يقول الله تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلصَّدَقَٰتُ لِلْفُقَرَآءِ وَٱلْمَسَٰكِينِ وَٱلْعَٰمِلِينَ عَلَيْهَا وَٱلْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ وَفِى ٱلرِّقَابِ وَٱلْغَٰرِمِينَ وَفِى سَبِيلِ ٱللَّهِ وَٱبْنِ ٱلسَّبِيلِ فَرِيضَةً مِّنَ ٱللَّهِ وَٱللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ﴾[2]، فقد أوضحت هذه الآية أن مصارف الصدقات ثمانية، ولا مجال هنا للخوض في تفاصيلها أما مصارف الضريبة فهي تصرف على حاجيات الدولة بل ومحسناتها، وبعبارة موجزة فالدولة تصرفها ضمن بقية أموالها في شؤون الحرب والدفاع والخدمات العامة، وفي تطوير برامجها ونحوها، فالدولة ليست ملزمة بتحديد مصرفها بل تصرفها حسب خططها وإرادتها.

---

(١) د. يونس البطريق: المرجع السابق (ص٢٨ ـ ٢٩).

(٢) سورة التوبة: الآية ٥٩.

أسس فرض الزكاة، وفرض الضريبة:

يقوم فرض الزكاة في الإسلام على عدَّة أُسس من أهمها:

(أ) أساس التكليف، والعبودية والخضوع والاستسلام لله ربّ العالمين، وتعمير الكون على ضوء منهج الله تعالى، وأن الإنسان لم يخلق إلَّا لعبادة الله تعالى (بمعناها الشامل) حيث تقتضي هذه العبودية الاستجابة لأوامر الله تعالى والانتهاء عن نواهيه، فكان فرض الزكاة نابعاً من حقوق وواجبات هذه العبودية، ومنبثقاً من مبدأ الاستسلام لله ربّ العالمين تطبيقاً لمعنى الإسلام، وتنفيذاً لقوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى ٱللَّهُ وَرَسُولُهُۥٓ أَمْرًا أَن يَكُونَ لَهُمُ ٱلْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ﴾[1]، وقوله تعالى: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا۟ فِىٓ أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا۟ تَسْلِيمًا﴾[2].

(ب) أساس الاستخلاف في الأرض وفي المال، فالمبدأ الإسلامي بخصوص المال يقضي بأن المسلم مستخلف في ماله؛ لأن المال لله تعالى، وأنه تعالى هو المالك الحقيقي له ولكن الله تعالى استخلفنا في الأموال ولذلك يذكرنا الله تعالى بهذا الاستخلاف عند طلب الإنفاق حيث يقول تعالى: ﴿وَأَنفِقُوا۟ مِمَّا جَعَلَكُم مُّسْتَخْلَفِينَ فِيهِ﴾[3].

فإذا تقرر في عقيدة المسلم هذا المبدأ وترسخ في قلبه وكيانه سهل عليه أن ينفذ أوامر المستخلف المالك الحقيقي في الإنفاق وفي مصارفه بالشكل الذي يريده المالك، ولذلك يأتي وصف هؤلاء في سورة الإنسان: ﴿وَيُطْعِمُونَ ٱلطَّعَامَ عَلَىٰ حُبِّهِۦ مِسْكِينًا وَيَتِيمًا وَأَسِيرًا﴾، حيث يطعمون هؤلاء الفئات التي لا يرجى منها أي طمع دنيوي، اللَّهُمَّ ﴿إِنَّمَا نُطْعِمُكُمْ لِوَجْهِ ٱللَّهِ لَا نُرِيدُ مِنكُمْ جَزَآءً وَلَا شُكُورًا ﴿٩﴾

---

(١) سورة الأحزاب: الآية ٣٦.

(٢) سورة النساء: الآية ٦٥.

(٣) سورة الحديد: الآية ٧.

إِنَّا نَخَافُ مِن رَّبِّنَا يَوْمًا عَبُوسًا قَمْطَرِيرًا﴾[1]، بينما يأتي وصف الكافرين الذين لا يؤمنون بهذا الاستخلاف بقوله تعالى: ﴿أَرَءَيْتَ ٱلَّذِى يُكَذِّبُ بِٱلدِّينِ ۝١ فَذَٰلِكَ ٱلَّذِى يَدُعُّ ٱلْيَتِيمَ ۝٢ وَلَا يَحُضُّ عَلَىٰ طَعَامِ ٱلْمِسْكِينِ﴾[2]، فالذي ليس له هذا الإيمان لماذا ينفق أمواله بدون فائدة ظاهرية في الدنيا، فلماذا ينفق على اليتيم الذي لا يحس بشيء ولا يرجى منه طمع دنيوي؟ ولماذا يدفع أمواله للفقراء والمحتاجين؟ وإنما يدفع أمواله لقضاء شهواته ويحض على طعام الجاه الذين يقابلونه بنفس الأسلوب، أو يتوقع منهم الكثير؟

فدفع الزكاة يجسد هذا المبدأ بصورته المتكاملة، حيث يلتزم به المسلم تنفيذاً لأمر خالقه ومالكه.

(ج) أساس الأخوة الإسلامية في نظر الإسلام أخوة تفوق أخوتهم أخوة الدم والنسب، قال تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ﴾[3]، ومن مقتضى الأخوة التعاون والعطاء والبذل والإنفاق، فلكل شيء حقيقة الأخوة أن يساهم الأخ في ضراء أخيه فيساعده، ويدفع حاجته ما دام قادراً على ذلك ولذلك شبَّه الرسول ﷺ المؤمنين الصادقين بـ: «**الجسد الواحد إذا اشتكى منه عضو تداعى له سائر الجسد بالسهر والحمى**»[4]، وهذا دليل على أن من لم يحس بأخيه وبحوائجه وآلامه فليس بمسلم حقيقي، فالزكاة تجسد هذه الأخوة حيث تؤخذ من الأغنياء وترد على الفقراء لسد حاجتهم وعوزهم.

(د) أساس التكافل الاجتماعي الذي يقضي بأن يقوم المجتمع الإسلامي على تكافل حقيقي يكون كفيلاً وضامناً لأخيه الفقير، من خلال مشاركته معه ومساهمته في رفع حاجته وعوزه، ويكون الجميع متعاونين يحمل بعضهم

---

(١) سورة الإنسان: الآيات ٨ ـ ١٠.
(٢) سورة الماعون: الآيات ١ ـ ٣.
(٣) سورة الحجرات: الآية ١٠.
(٤) الحديث رواه البخاري.

بعضاً، ولا يكونون أنانيين مصلحيين لا ينظرون إلّا إلى مصالح أنفسهم، فمجتمع الرعيل الأوَّل كان قائماً على الإيثار حيث قال الله تعالى في وصف الأنصار وموقفهم من إخوانهم المهاجرين: ﴿وَٱلَّذِينَ تَبَوَّءُو ٱلدَّارَ وَٱلْإِيمَٰنَ مِن قَبْلِهِمْ يُحِبُّونَ مَنْ هَاجَرَ إِلَيْهِمْ وَلَا يَجِدُونَ فِى صُدُورِهِمْ حَاجَةً مِّمَّآ أُوتُوا۟ وَيُؤْثِرُونَ عَلَىٰٓ أَنفُسِهِمْ وَلَوْ كَانَ بِهِمْ خَصَاصَةٌ وَمَن يُوقَ شُحَّ نَفْسِهِۦ فَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْمُفْلِحُونَ﴾[1].

وأما فرض الضريبة فيقوم على عدَّة أُسس نظرية:

منها: سيادة الدولة، فقد ذكرنا بإيجاز أن الضريبة في عهد الإمبراطورية الرومانية تقوم على مبدأ السيادة العامة للدولة، ومن هنا كانت السلطة المركزية تفرض الضريبة حسب إرادتها بقصد تغطية النفقات العامة التي تتكبدها في الحروب، وفي الدفاع والخدمات العامة، فقد كان فرض الضرائب في العصر القديم تعبيراً خالصاً عن إرادة السلطة دون أي اعتبار رضا الدافعين[2].

ومنها: النظرية التعاقدية حيث نادى بها بعض المفكرين، كما سبق واعتبروا الضريبة بمثابة عقد بين الفرد والدولة ولكنهم اختلفوا فيما بينهم في نوعية العقد، فذهب بعضهم إلى أنه عقد تأمين، وبعض آخر إلى أنه بيع خدمات وآخرون إلى أنه عقد شركة ذلك كما سبق بيانها وما وجه إليها من انتقادات.

ومنها: فكرة التضامن الاجتماعي، حيث تبناها الفكر الحديث وأعقب حق الدولة في فرض الضريبة إلى فكرة التضامن الاجتماعي لتوزيع عبئها حسب مقدرة الممول التكليفية، وبذلك تنتفي فكرة المقابل والعقد، حيث أن الدولة تقوم بخدماتها تحقيقاً للنفع العام مما يستلزم تكاتف وتضامن الجميع في المساهمة في الأعباء[3].

---

(١) سورة الحشر: الآية ٩.

(٢) د. يونس البطريق: المرجع السابق (ص٧ ـ ٨).

(٣) د. عبد الكريم صادق بركات: المرجع السابق (ص١٩)، المرجع السابق (ص٧٥ ـ ٧٩)، ود. يونس البطريق: المرجع السابق (ص٢٣٠ ـ ٢٤٧).

ومنها: الأساس القانوني حيث أن القانون الضريبي (وهو من فروع القانون العام) يدور حول فكرة الحق والسلطة والامتياز، ويرتبط بالواقع بدرجة أكبر من النوايا، وبالنتائج أكثر من الخطط، وبالآثار أكثر من الأسباب، وقد نادى البعض بضرورة التقيد بألفاظ القانون الضريبي دون الاجتهاد والقياس؛ لأنه استثناء وقيد على حرية الأفراد ويرتبط بهذا الأساس أن الضريبة لا تقر، ولا تفرض ولا تجبى إلَّا من خلال قانون، وقد أصبح من المبادىء الأساسية قانونية الضريبية وعلى ذلك نصت معظم الدساتير فقد نص الدستور المصري على إنشاء الضرائب العامة أو تعديلها، أو إلغاءها لا يكون إلَّا بقانون[١].

وعاء الزكاة ووعاء الضريبية:

يقصد بالوعاء هنا الأشياء التي تخضع لنظام الضريبة، أو التي تجب فيها الزكاة وقد تكون المادة الخاضعة عقاراً، أو دخلاً، أو رأس مال، أو نحو ذلك ولكنه ليس من الضروري أن تخضع كل ثروة للضريبة، وذلك لأن هناك اعتبارات متعلقة بالعدالة والمساواة، واعتبارات سياسية فمثلاً تخضع الثروات الضخمة وتعفى المبالغ اللازمة للمحافظة على الحد الأدنى للمعيشة لإشباع الضروريات ومواجهة الأعباء العائلية، كما تعفى بعض السلع الضرورية وتزداد نسبة الضريبة على بعض السلع كالسجاير والخمور ونحوها، ومن الجدير بالذكر أن الضرائب اليوم تفرض على الأشياء التي يملكها الشخص ولا تفرض على الشخص نفسه كما كان الحال في السابق حيث كان الشخص مسؤولاً أمام الدولة عن دفع قدر محدد من الضريبة، أما النظم المعاصرة فتنظر إلى ما يملكه الشخص من ضوابط لتحقيق العدالة وإذا كنا نتحدث الآن عن الوعاء الضريبي فلا بدَّ أن ننتبه: المسألة في غاية من الأهمية وهي أن

---

(١) د. عبد الكريم صادق بركات: المرجع السابق (ص٨١ ـ ٨٣).

الأنظمة الضريبية في العالم ليست على سنن واحد، وكان بودنا أن نختار أكثر من نظام، لكن مجال البحث لا يسع إلَّا أن نختار نظاماً واحداً وهو النظام الضريبي في أمريكا[(١)].

النظام الضريبي في أمريكا:

هناك مرحلتان في تاريخ الضريبة الأمريكية هما مرحلة ما قبل ١٩١٣م، ومرحلة ما بعدها، ونحن نوجز القول في المرحلة الأخيرة فقط.

فقد عدّل دستور الولايات المتحدة في: ٢٥/ ٢/ ١٩٩١م بمنح الكونجرس سلطة فرض ضرائب عامة على الدخل دون اشتراط توزيعها على الولايات، ومن هنا بدأ الكونجرس ينظر في فرض الضرائب وكيفية تحصيلها على ضوء اعتبارات عدَّة حيث فرض الضريبة على الدخول الفردية (الأشخاص الطبيعيين)، وعلى أرباح الشركات، وعلى الإنتاج وعلى العمل، وعلى التركات والهبات وموارد متنوعة أخرى، إضافة إلى الضرائب الجمركية حتى بلغت حصيلتها عام ١٩٦١م، ٨٠٪ من موارد الحكومة الفدرالية[(٢)].

كما أن الضرائب في أمريكا ثلاثة أنواع ضرائب فدرالية تفرضها الحكومة المركزية وضرائب محلية تفرضها حكومات الولايات المتحدة، وضرائب محلية تفرضها الهيئات المحلية، والنوع الأوَّل هو الأكثر حيث تصل نسبته في بعض السنوات إلى ٧٥٪ بينما تصل نسبة ضرائب الولايات المتحدة ١٢,٥٪، وضرائب الهيئات المحلية ١٢٪ كما في عام ١٩٥٢م، كما أن الضرائب الفدرالية تهتم بالضرائب المباشرة على الدخل

(١) د. عبد الكريم صادق: المرجع السابق (ص٥٤)، ود. محمد سمير الصبان ـ ود. فاروق عبد العال: الأسس العامة في الفحش الضريبي، ط مؤسسة شباب الجامعة (ص٣).

(٢) د. يونس البطريق: المرجع السابق (ص٢٦٤ ـ ٢٦٥).

بصورة رئيسية، في حين أن الضرائب في الولايات تتجه بصورة أكبر نحو الضرائب غير المباشرة على الإنفاق (ولا سيما الضريبة على المبيعات)، وأما ضرائب الهيئات المحلية فتتجه بصورة أكبر نحو الضرائب على رأس المال (وبالأخص الضرائب العقارية)[1].

وعاء ضريبة الدخل:

وقد توسَّع المشروع الأمريكي في مفهوم الدخل الخاضع للضريبة حيث يشمل كلًّا من المزايا العينية والنقدية، وجميع الأرباح العرضية كالأرباح الرأسمالية وأرباح اليانصيب وحتى الأرباح غير المشروعة كأرباح القمار والتهريب.

وبالمقابل استبعد من وعاء الضريبة التبرعات والهبات التي منحها صاحبها للهيئات العامة، أو الجمعيات الدينية أو الخيرية، وذلك في حدود ٢٠٪ من دخله، أو ٣٠٪ لحالات خاصة، وكذلك فوائد الدُّيون التي دفعها، والضرائب التي أخذت منه ونفقات العلاج الطبي، والنفقات القضائية، والنفقات والخسائر بمباشرة المهنة، كما أن سعر الضريبة على دخول الأشخاص الطبيعيين على مرحلتين:

- الأولى: ذات سعر نسبي يبلغ ٣٪.
- الثَّانية: ذات سعر تصاعدي يتراوح بين ٢٠٪ للشريحة الأولى و٩١٪ للشريحة الأخيرة.

وعاء الضريبة على الشركات:

- يشمل وعاؤها جميع الإيرادات الدورية وغير الدورية بما في ذلك المكاسب الرأسمالية، وأما سعرها فعلى شقين: شق نسبي عادي بواقع

---

(١) يراجع لتفصيل ذلك ـ د. يونس البطريق: المرجع السابق (ص٢٧).

٣٠٪، وشق إضافي سعره ٢٢٪، وذلك بالنسبة للإيرادات التي تزيد عن خمسة وعشرين ألف دولار سنويًّا حيث يصل سعرها الفعلي إلى ٥٢٪[١].

ـ وعاء ضرائب الإنتاج حيث تسري على عدد كبير من السلع والخدمات ولا سيما المسكرات والدخان.

ـ الضرائب على التركات التي تزيد عن ستين ألف دولار وسعرها تصاعدي يتراوح بين ٣٪ و٧٧٪ لما يزيد عن عشرة ملايين دولار.

ـ الضرائب على الهيئات التي يحصل عليها الفرد بسعر يتراوح بين ٥٧,٢٪.

ضرائب أُخرى:

ـ وبالإضافة إلى ذلك هناك ضرائب اتحادية أخرى كضرائب الاستخدام (الأمور والمرتبات التي فرضت منذ عام ١٩٣٠م والضرائب الجمركية إضافة إلى الضرائب التي تقررها حكومات الولايات والهيئات المحلية مثل الضرائب العقارية والضريبة العامة على المبيعات والضرائب على كل من الدخان والمسكرات ونحوهما[٢].

وعاء الزكاة:

وأمَّا وعاء الزكاة فمحل اختلاف بين الفقهاء بعد اتفاقهم على أنها خاصة بأموال المسلمين ولا تفرض على أموال غيرهم حتى الذين يعيشون في ظل الدولة الإسلامية الذميين والمستأمنين فمنهم من عمم وعاء الزكاة ليشمل جميع الأموال النامية ما دامت قد بلغت النصاب وتوافرت الشروط والضوابط

---

(١) المرجع السابق (ص٢٧٩).

(٢) د. يونس البطريق (ص٢٩٥) ـ عبد الكريم صادق ١٨٧ ـ ود. الضبان ـ د. فاروق (ص٨٠).

الأخرى، وهذا هو الرأي الراجع الموافق للنصوص العامة التي أوجبت الزكاة في مطلق الأموال: ﴿وَٱلَّذِينَ فِىٓ أَمْوَٰلِهِمْ حَقٌّ مَّعْلُومٌ ۝٢٤ لِّلسَّآئِلِ وَٱلْمَحْرُومِ﴾[1]، وعلى ضوء هذا الرأي الراجح يشمل وعاء الزكاة كل مال نام كالثروة الحيوانية جميعها، والذهب والفضة والنقود الورقية، أو التحفيات الذهبية والفضية ونحوها والثروة التجارية، والثروة الزراعية والعسل والمنتجات الحيوانية، والثروة المعدنية والبحرية والمستغلات وكسب العمل والمهن الحرة والأسهم والسندات ونحوها[2].

ومن الفقهاء من خصص وعاء الزكاة بعض الأموال على تفصيل حيث حصر بعضهم الزكاة في ثمانية أصناف فقط، يقول ابن حزم الظاهري: ولا تجب الزكاة إلَّا في ثمانية أصناف من الأموال فقط وهي الذهب، والفضة والقمح والشعير والتمر، والإبل والبقر والغنم ضأنها وماعزها فقط. ثمَّ قال: ولا زكاة في شيء من الثمار، ولا من الزروع ولا في شيء من المعادن غير ما ذكرنا ولا في الخيل، ولا في الرقيق ولا في العسل ولا في عروض التجارة[3]، ومن الفقهاء من لم يوجب الزكاة في أموال الصبي، والمجنون غير العشرية كالحنفية[4]، وهكذا.

وقد أفاض أستاذنا الدكتور القرضاوي في أدلة القائلين بتوسيع وعاء الزكاة ليشمل كل ما نام الرد على المخالفين[5]، ومن هذا العرض يتبيَّن أن وعاء الضريبة ووعاء الزكاة على الرأي الراجح متقاربان في سعر الضريبة عن الزكاة في وجود الضريبة على الاستهلاك حيث لا يعرف في الإسلام في باب

---

(١) سورة المعارج: الآيتان ٢٤، ٢٥.

(٢) يراجع: فقه الزكاة الجزء الأوَّل حيث تناول كل ذلك بالشرح والتفصيل.

(٣) المحلى (٥/ ٣٠٨).

(٤) فتح القدير مع شرح العناية (١/ ١٥٣).

(٥) يراجع: فقه الزكاة (١/ ١٤٥ ـ ١٥١).

الزكاة مثل هذه لأن الزكاة لا تؤخذ إلَّا من الأغنياء، بينما الضريبة على الاستهلاك قد تؤخذ من غير الأغنياء، إذ قد يكون المستهلك فقيراً.

وأما الأنواع الأخرى كضريبة الدخل بشتى أنواعه فتقابله الزكاة عليه حيث أوجب الإسلام الزكاة على دخل الاستغلال الزراعي (زكاة الزروع والثمار) حيث أوجب فيه العشر إذا كانت تسقى بماء السماء أو الراحة، ونصف العشر إذا كانت تسقى بالدواب أو الآلات كما أوجب الزكاة في كسب التجارة ونحو ذلك[1].

وأما المقارنة بينهما في وعاء رأس المال فإن الشريعة الاسلامية لم تأخذ بنظام الضريبة الموحدة كما نادى بها البعض في بعض العصور بل أخذت بنظام الفلسفات الاجتماعية والاشتراكية التي نادت بفرض الضرائب على رأس المال لكن النظام الإسلامي كما يقول أستاذنا القرضاوي قد اشتمل في هذا المجال أيضاً وعلى المزايا التي ذكرها أنصار الضريبة على رأس المال وذلك لأن الإسلام لم يوجب الزكاة في كل رأس المال، بل في المال النامي؛ أي: من شأنه النماء فقط حتى يبقى الأصل وتؤخذ من الزيادة والفضل، ولذلك لم تفرض الزكاة في رأس المال الثابت نفسه كالمصانع والعقارات بل في رأس المال المتناول، أما رأس المال الثابت فتؤخذ الزكاة من غلَّته ونمائه الفعلي كالأرض الزراعية التي جاء بها النص، وما لحقت به من العمارات ونحوها من المستغلات.

إضافة إلى ملاحظة النصاب ونحوها[2]، وأما الضرائب على الأشخاص التي كانت تسمى ضريبة الرؤوس لأنها تؤخذ عن كل رأس المال والتي يعمل بها في بعض الدول فقد وجهت إليها انتقادات كثيرة ولكنها مع ذلك فيؤخذ في الإسلام نظام آخر وهو صدقة الفطر التي تفرض على كل شخص مع قطع

---

(١) فقه الزكاة (ص٣٣ ـ ٦٠).

(٢) فقه الزكاة (٢/ ١٠٢٧ ـ ١٠٢٩).

النظر مع أمواله وفقره وغناه، أراد بها الإسلام إدخال السرور في قلوب المحتاجين في يوم العيد، والتعويد على البذل والعطاء والتعاون العام والتكافل[١].

مبادىء العدالة بين الزكاة والضريبة:

لا شكّ أنَّ النظام الضريبي في العهود السابقة لم يكن يتوخى العدالة وإنما كان همُّه تحصيل أكبر قدر ممكن من الأموال للدولة، ولذلك يتخذ في سبيل تحصيلها المظالم وأبشع صور التعذيب والإيذاء البشري وقد سجل التاريخ ذلك، ولكنه بعد ظهور الفلسفات الاجتماعية والديمقراطية وحقوق الإنسان بدأت الحكومات تتجه نحو نظام ضريبي تتوخى فيه العدالة، غير أن الفقهاء اختلفوا في مفهوم العدالة الضريبية نفسها كما اختلفوا في مفهوم العدالة نفسها حيث تتنازعه وجهات نظر متباينة بسبب الفلسفات السياسية والفكرية، ويمكن حصر الاتجاهات حول مدى العدالة الضريبية في اتِّجاهين:

أحدهما: التفسير الضيق لها بحيث يقتصر مفهومها على الجانب المالي للضريبة؛ أي: المساواة في التضحية أو التوزيع العادل للأعباء الضريبية بين المواطنين وهذا ما فسَّره (آدم سميث) بأنها المساواة في المقدرة التكليفية بحيث يناسب إسهام كل مكلف في النفقات العامة ومقدار يساره؛ أي: دخله[٢].

وأما الاتِّجاه الثَّاني: فهو التفسير الموسع للعدالة الضريبية يتخطى النطاق التقليدي لها ويتناول جميع جوانب الضريبة من طلب أداتها إلى استخدام حصيلتها؛ أي: إنفاقها ويستهدف الحد من الاختلافات الاقتصادية والاجتماعية[٣].

---

(١) المرجع السابق (٢/ ١٠٣٦).
(٢) د. يونس البطريق (ص١٨).
(٣) د. يونس البطريق المرجع السابق (ص٨)، د. عبد الكريم صادق (ص٨٤).

والقوانين الضريبية اليوم تشترط المساواة الضريبية بل تنص عليها معظم الدساتير، ولكن لمفهوم المساواة يكتنفها غموض وإختلال فهل هي مساواة مطلقة، أو نسبية، وهل ينظر إلى كل ضريبة على حدة أم ينظر إلى النظام ككل؟ وهل هي مساواة يومية أم سنوية؟ وهل ينظر إليها من الزاوية المالية والاجتماعية أم من الناحية القانونية؟ فلو نظرنا إليها من الزاوية المالية والاجتماعية نجد أن مفهوماً يختلط بمفهوم العدالة، إذ تتحقق المساواة ولو حدثت معاملة تمييزية بين الممولين لاعتبارات اجتماعية ومالية، بينما لو نظرنا إليها من الناحية القانونية نجد أن مفهومها يعني المساواة أمام القانون فلا تجوز بين الممولين حسب جنسهم وهكذا[١].

وأما العدالة في الشريعة فتعني المعنى الشامل للعدالة من جميع جوانبها الاجتماعية والقانونية باعتبار أن نظام الزكاة نفسه عادل وراعى فيه الشارع الحكيم تحقيق العدالة والمساواة وتجسيد الأخوة ومجتمع التكافل والتعاون ومن مظاهر هذه العادلة رعاية الشرع لحقوق الفقراء وكذلك لحقوق الاغنياء، على عكس النظام المالي الرأسمالي (قبل تأثره بالفلسفات الاجتماعية) حيث يراعي دائماً حقوق الأغنياء والنظام الشيوعي أو الاشتراكي الذي يحكم الأغنياء بدعوة مساعدة الفقراء بينما الإسلام أعطى حقوق الفقراء ولكنه راعى أيضاً حقوق الأغنياء من حيث اشتراط النصاب، وعدم ثني الزكاة وعدم أخذ الأموال وأجودها بل عليه يأخذ أوسطها، كما أعفى الأشياء المستخدمة من الزكاة كسيارته الخاصة، وفرصه، ومنزله الخاص ونحو ذلك، كما أنه لم يوجب الزكاة في الحيوانات العالفة، ومن جانب آخر فإن نسبة الزكاة بسيطة جدًّا وقليلة جدًّا إذا قسمناها بنسبة الضرائب التي قد تصل إلى ٩٠٪ فسعر الضرائب قد يكون مجحفاً جدًّا بحقوق الممولين كما أن نسبة التصاعدية لا توجد في الزكاة، بل بالعكس قد تقل النسبة فيها في بعض

(١) د. عبد الكريم المرجع السابق (ص٨٤ ـ ٨٥).

الموجودات الزكوية كما كثرت فمثلاً في أربعين شاة واحدة إلى ١٢٠ كذلك راعى الإسلام المساواة بين كل من له نصاب دون تفرقة كما راعى مدى الجهد البشري المبذول في تحصيل المال حيث أوجب العشر فيما سقي من الزروع والثمار بغير آلة، في حين أوجب نصف العشر فيما سقي بآلة كما راعى الظروف الشخصية لدافع الزكاة من خلال إعفاء الحد الأدنى لمعيشة الفرد ومن يعوله حيث يعتبر من الحاجيات الأصلية، كذلك إعفاء المدين من زكاة ماله إذا كان مستغرقاً بالدين، أو خصم ديونه عنه، كذلك طرح النفقات والتكاليف حيث تكون الزكاة في صافي الربح وكما راعى الإسلام العدالة في تشريع الزكاة وأحكامها كذلك راعى العدل في تطبيقه، فحرص كل الحرص على اختيار العاملين عليها وتوجيههم حيث يقول أبو يوسف للخليفة الرشيد: فمر يا أمير المؤمنين باختيار رجل ثقة أمين عفيف ناصح مأمون عليك، وعلى رعيتك فوله جمع صدقات البلدان ومره فليوجه فيها قوماً يرتضيهم ويسأل عن مذاهبهم وطرائفهم وأماناتهم يجمعون إليه صدقات البلدان.

وقد بلغني أن عمال الخراج يبعثون رجالاً من قبلهم في الصدقات فيظلمون ويعسفون ويأتون ما لا يحل ولا يسع، وإنما ينبغي أن يتخير للصدقة أهل العفاف والإصلاح[١].

وهذا التوجيه للخليفة الرشيد منبثق من أمر الرسول ﷺ عماله بالعدل والإنصاف حيث قال لأحد عماله: «**اِتَّق الله يا أبا الوليد، لا تأتي يوم القيامة ببعير تحمله له رغاء، أو بقرة لها خوار، أو شاة لها ثغاء**»[٢].

---

(١) الخراج لأبي يوسف ـ تحقيق د. محمد إبراهيم البنا، ط دار الإصلاح (ص١٧٦).

(٢) الترغيب والترهيب، ط الحلبي (١/ ٥٦٣)، وقال: رواه الطبراني في الكبير وإسناده صحيح ـ ويراجع فقه الزكاة (٣/ ١٠٤٦).

وهكذا جاءت الزكاة محققة للعدالة الحقيقية، ولا غرو في ذلك بأن تشريعها من عند الحكيم الخبير، ﴿أَلَا يَعْلَمُ مَنْ خَلَقَ وَهُوَ ٱللَّطِيفُ ٱلْخَبِيرُ﴾[1].

النسبيَّة والتصاعديَّة بين الزَّكاة والضَّريبة:

في الضريبة يوجد شقان: شق نسبي بأن تفرض نسبة محددة على الشيء سواء كان كثيراً أم قليلاً مثل نسبة ١٥٪ والشق الثَّاني التصاعدي بأن تفرض ضريبة تبدأ نسبة مثل ٢٠٪ ثمَّ تتصاعد مع زيادة الدخل أو الثروة وهي الأكثر في عصرنا الحاضر[2].

وأما الزيادة فيه نسبية حيث أن نسبة الواجب في الزكاة ثابتة على الرغم من تغير كمية الثروة، أو الدخل الخاضع للزكاة فهي فريضة نسبية، بل أن الإسلام خفف النسبة في الحيوان ولا سيما في الغنم حيث أوجب في أربعين شاة إلى ١٢٠ شاة واحدة، ثمَّ في ٢١ شاتين، ثمَّ يصل الأمر بعد ٣٠٠ شاة أن يكون الواجب في كل مائة واحدة ١٪ وقد يثور التساؤل حول الحكمة في هذه النسبية في الزكاة؟ فأجاب فضيلة الأستاذ القرضاوي إجابات وافية نلخصها فيما يأتي:

أوَّلاً: أنَّ الزكاة فريضة دينية خالدة خلود الإنسان باقية بقاء الإسلام لا تتغير بتغير الظروف والأحوال أما الضريبة التصاعدية فتفرضها الدولة لعلاج أوضاع خاصة، ولتحقيق أهداف خاصة.

ثمَّ إنَّ هذا الجانب يعوض من خلال صلاحية أولي الأمر في فرض الضرائب تصاعدية أو نسبية حسب الحاجة كما سيأتي.

ثانياً: إنَّ الزكاة بالنظر إلى مصارفها والجهات التي تنفق فيها تحقق أهداف الضريبة التصاعدية في تقريب الفوارق ورفع مستوى الطبقات الضعيفة.

---

(١) سورة الملك: الآية ١٤.

(٢) د. عبد الكريم صادق: المرجع السابق (ص٥٧).

ثالثاً: إنَّ فكرة التصاعدية لم تسلم من انتقادات كثيرة من جهة أن فئات التصاعد يتم تحديدها بطريقة تحكمية كما أن فيه نوعاً من الظلم والتعسف بالأغنياء[1].

رابعاً: إنَّ الزكاة نظام إسلامي خاص له مميزاته الخاصة كما الضريبة مميزاتها الخاصة.

التهرُّب من الزكاة ومن الضريبة وطرق منعه:

على الرغم من تشجيع الحكومات في مجال التهرب من الضريبة، ومحاولة المشرعين الوضعيين سد كل الثغرات تشديد العقوبات وتقرير عدَّة ضمانات لمكافحة التهرب لما له من آثار خطيرة على الدولة لكنه مع ذلك لا تزال الحكومات المعاصرة تعاني من التهرب من الضرائب ومن الحيل الكثيرة التي يستفيد منها أصحاب الأموال بل يشارك فيها مكاتب المحاماة والمحاسبة والتدقيق من خلال ثغرات في القانون ويطلق عليه (التهرب المشروع)، وقد يكون التهرب عن طريق إقرار غير صحيح أو نحو ذلك[2].

* طرق منع التهرب من الزكاة:

وأمَّا الشريعة الإسلامية فقد وضعت ضمانات في غاية من الأهمية لدفع الزكاة منها:

أوَّلاً: ضمانات دينية وخلقية:

حيث يشعر المزكي بأن الزكاة ليست علاقة بينه وبين الدول بل علاقة بينه وبين ربه الذي لا تخفى عليه خافية، العليم الذي يعلم ما في الصدور من نيات وقصود، ولذلك يقدم على دفعها ابتغاء وجه الله تعالى ولذلك لا يمكنه التهرب منه بل يتسابق بدفعها حتى يؤدي هذا الواجب التربية الدينية العقيدية

---

(١) فقه الزكاة (٢/ ١٠٥٤).

(٢) د. بركات: المرجع السابق (ص٨٦).

والأخلاقية من خلال نصوص الشرع تربي المسلم على هذا الأداء الطوعي وتجعله يحب ما عند الله تعالى أكثر من أي شيء آخر، بل تجعله يؤثر ذلك على حاجيات نفسه، وقد دلت السنة أن صحابة رسول الله ﷺ بعد أن ربوا هذه التربية كيف استجابوا لأوامر الله تعالى ونواهيه حيث قالوا جميعاً:

انتهينا حينما قال ربّ العالمين في الخمر: ﴿إِنَّمَا ٱلْخَمْرُ وَٱلْمَيْسِرُ وَٱلْأَنصَابُ وَٱلْأَزْلَٰمُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ ٱلشَّيْطَٰنِ فَٱجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ۝٩٠ إِنَّمَا يُرِيدُ ٱلشَّيْطَٰنُ أَن يُوقِعَ بَيْنَكُمُ ٱلْعَدَٰوَةَ وَٱلْبَغْضَآءَ فِى ٱلْخَمْرِ وَٱلْمَيْسِرِ وَيَصُدَّكُمْ عَن ذِكْرِ ٱللَّهِ وَعَنِ ٱلصَّلَوٰةِ فَهَلْ أَنتُم مُّنتَهُونَ﴾[١].

بينما لم تستطع أمريكا بتشريعاتها ووسائلها المتعددة في عام ١٩٢٩م إلى عام ١٩٣٣م أن تنفذ على شعبها منع الخمور بعد أن حرمها الكونجرس الأمريكي، وهكذا الأمر في الزكاة حيث نجد أن أمثلة رائعة في هذا المجال حيث كان أصحاب الأموال يعطون خيرة أموالهم طواعية إلى عمال الصدقة[٢].

ثانياً: الضمانات القانونية والتنظيمية:

ولم يكتف الإسلام بالضمانات السابقة على الرغم من أهميتها وكفايتها ولا سيما في المجتمع المسلم وإنما أضاف إليها ضمانات قانونية وتنظيمية تضمن بها الدولة تحصيل الزكاة منعاً لضعفاء الدين أن يتهربوا منها، وذلك من خلال تشريع ما يأتي:

(أ) الأمر بمعاونة الجباة وعدم إخفاء شيء منهم، وإرضاءهم دون تعسف وتجاوز للمقادير، حتى عقد مسلم: باب إرضاء السعاة، فروي فيه بسنده عن جرير بن عبد الله قال: جاء ناس من الأعراب إلى الرسول ﷺ فقالوا: إن ناساً من المصدقين (أي: السعاة العاملين) يأتوننا فيظلموننا،

---

(١) سورة المائدة: الآيتان ٩٠، ٩١.

(٢) يراجع في معرفة هذه: القصص الرائعة، ويراجع تفسير ابن كثير، كتب الصحاح والسنن، وكذلك يراجع: فقه الزكاة (٢/ ١٠٦٥ ـ ١٠٦٧).

فقال رسول الله ﷺ: «**ارضوا مصدقيكم**»، قال جرير: ما صدر عني مصدق منذ سمعت هذا من رسول الله ﷺ إلَّا وهو عني راض[1].

(ب) إبطال الحيل في الزكاة وغيرها، قال ﷺ: «**إنما الأعمال بالنيات**»[2]، وقد استدل البخاري على بطلان الحيل بحديث أنس في فرائض الصدقة حيث قال: إن أبا بكر رضي الله عنه كتب له: أتاني فرض رسول الله ﷺ ولا يجمع بين متفرق ولا يفرق بين مجتمع خشية الصدقة[3]، وقد نص الفقهاء على حرمة الحيل التي تؤدي إلى إسقاط واجب، أو فعل منكر، يقول أبو يوسف: لا يحل للرجل إذا كان يؤمن بالله واليوم الآخر منع الصدقة ولا إخراجها عن ملكه إلى ملك جماعة ليفرقها بذلك فتبطل الصدقة عنها ولا يحتال في إبطال الصدقة بوجه من الوجوه[4].

(ج) تقرير عقوبات مالية وجنائية على الممتنع عن الزكاة فقد سل الخليفة الأوَّل السيف ضد الممتنعين عن الزكاة وقال قولته المشهورة: والله لأقاتلن من فرَّق بين الصَّلاة والزكاة، فإن الزكاة حق المال، والله لو منعوني عناقا كانوا يؤدونها إلى رسول الله ﷺ لقاتلتهم على منعها[5]، وقد خاض

---

(١) صحيح مسلم ـ كتاب الزكاة الحديث ٩٨٩ (٢/ ٦٨٥)، ورواه أحمد في مسند (٤/ ٣٦٢).

(٢) حديث متفق عليه، انظر: صحيح البخاري مع الفتح (١/ ٦٨٥)، ومسلم (٣/ ١٥١٥)، وسنن أبي داود مع العون (٦/ ٢٨٤)، والنسائي (١/ ٥١)، وابن ماجه (٢/ ١٤٣٣).

(٣) صحيح البخاري مع الفتح الزكاة (٣/ ٣١٤).

(٤) الخراج ـ تحقيق د. البنا (ص١٧٥)، ويراجع: القواعد النورانية لابن تيمية (ص٨٩)، وفقه الزكاة (٢/ ١٠٦٩).

(٥) صحيح البخاري مع الفتح كتاب الزكاة (٣/ ٢٦٢)، مسلم، وسنن الترمذي مع تحفة الأحوذي (٧/ ٣٣٣)، والنسائي ـ كتاب الجهاد (٦/ ٤ ـ ٧)، ومسند أحمد (١/ ١٩)، (٣٥/ ٢٦)، (٤٧/ ٤٨)، (٢/ ٥٣٨ ـ ٥٢٩).

حرباً في وقت حرج جدًّا لأجل تنفيذ أحكام الله وحقوق الفقراء وبهذا فإن هذه الحادثة تعتبر الأولى من نوعها على مر التاريخ أن تخوض الدولة الحرب لأجل الفقراء قال الشوكاني: وردت أحاديث صحيحة قاضية بأن مانع الزكاة يقاتل حتى يعطيها[1].

ثمَّ إن الممتنع الفرد إذا كان امتناعه لأجل عدم الإيمان بالزكاة فهو كافر مرتد بالإجماع وحكم المرتد القتل لأنها مما علم في الإسلام بالضرورة وإن كان لغير ذلك فيجبر على الدفع ويقاتل بكل الوسائل المتاحة حتى يدفعها كما أن هذا الحق ثابت لا يسقط بالتقادم بل هو دين يدخل ضمن ديون التركة[2].

وهنا يثور تساؤل حول مدى تقرير العقوبة على من أخفى زكاته أو امتنع عن أدائها فهل يعاقب؟

لا خلاف بين الفقهاء فتجوز العقوبات التعزيرية في مثل هذه المنكرات ولكن الخلاف يثور في مدى جواز تقرير العقاب بالغرامة المالية؟ ذهب جماعة من الفقهاء[3] منهم الشافعي في القديم وابن راهويه وأبو بكر الحنبلي إلى جواز تغريمه مستدلين بقول النبي ﷺ: «**في كل إبل سائمة، في كل أربعين ابنة لبون لا تفرق إبل عن حسابها، من أعطاها مؤتجراً فله أجرها، ومن منعها فإنا آخذوها وشطر ماله عزمة من عزمات ربنا...**»[4]، وهذا الحديث رواه أحمد والحاكم والنسائي وأبو داود والبيهقي واختلف في سنده ولكنه ينهض حجة حيث صححه بعض وحسنه آخرون وهذا واضح في الدلالة على إقرار عقوبة مالية على الممتنع كما أن هناك أدلة أخرى من السُّنَّة على

(١) نيل الأوطار، ط دار الجيل لبنان (٤/ ١٧٨).
(٢) المجموع للنووي (٥/ ٢٨٧)، والمغني لابن قدامة (٢/ ٢٧٢).
(٣) مسند أحمد (٥/ ٢/ ٤)، ونيل الأوطار (٤/ ١٧٩).
(٤) نيل الأوطار (٤/ ١٧٩).

هذا المبدأ لسنا في مجال بحثها[1]؛ إضافة إلى جواز حبسه عملاً بقول النبي ﷺ: «**مطل الغني ظلم**»، وفي رواية: «**يحل عرضه وعقوبته**»[2].

هل يجوز للحاكم فرض الضريبة بجانب الزكاة؟

للجواب عن ذلك يحتاج إلى تفصيل وتأصيل وهو:

* **أوَّلاً: أن هناك فرائض مالية (ضرائب) مشروعة**، منذ عصر الرسول ﷺ أو خلفائه الراشدين فرضت من قبل الدولة المسلمة مثل الجزية والخراج والعشور على التجار غير المسلمين هي في جوهرها بمثابة ضرائب مالية فهذه الأنواع الثلاثة لا تحتاج فيها إلى إجتهاد لأنها ثابتة بالإنفاق، وكذلك الأمر في الخمس المفروض على الركاز الشامل للمعادن والكنوز إضافة إلى الفيء والغنائم فهذه الأمور موارد مالية أخرى للدولة المسلمة لتغطية حاجياتها، ولتحقيق المجتمع الآمن الغني السعيد.

وسنلقي بعض الأضواء على بعض هذه الأنواع وهي:

(أ) الجزية:

وهي المال المأخوذ من أهل الذمة كل عام مقابل بقائهم في دار الإسلام وحقوقهم المكتسبة بعقد الذمة[3]، وهي تصرف مصرف الفيء وتؤخذ من الذكور البالغين العقلاء مرة واحدة في كل سنة وليس لها مقدار محدد،

---

(١) نيل الأوطار (٤/ ١٨١).

(٢) انظر: صحيح البخاري مع الفتح (٤/ ٤٦٤)، ومسلم (٣/ ١١٩٧)، وسنن أبي داود مع العون (٩/ ١٩٥)، والترمذي مع التحفة (٤/ ٥٣٥)، وابن ماجه (٢/ ٨٠٣)، والسنن الكبرى (٦/ ٧٠)، والنسائي (٧/ ٢٧٨)، والأم (٢/ ٢٠٣)، وأحمد (٢/ ٤٦٣).

(٣) انظر: الغاية القصوى (٢/ ٩٥٥)، والروضة (١٠/ ٢٩٩)، وفتح القدير (٤/ ٣٧١)، والبحر الرائق (٥/ ١٣٠)، والأحكام السلطانية للماوردي، ط التوفيقية (ص١٦١ ـ ١٦٦).

وإنما تقديرنا يعود إلى إجتهاد الحاكم بما لا يؤدي إلى ظلم وحيف وإجحاف وهذا قال به أحمد في رواية وأبو عبيد والثوري، وذهب آخرون منهم أبو حنيفة والشافعي إلى أنها مقدرة بقدر لا يزاد عليه ولا ينقص بحيث يؤخذ من كل بالغ عاقل دينار أو عدله، بينما ذهب رأي ثالث إلى أن أقلها مقدار بدينار، وأكثرها غير مقدر، وهذا اختيار أبي بكر الحنبلي[١].

فهذا النوع بمثابة الضريبة النسبية، أو التصاعدية حسب اجتهاد الحاكم على الرأس وحكم الجزية ثابت بالكتاب والسُّنَّة والإجماع كما هو معروف.

(ب) الخراج:

وهو ما يوضع على رقاب الأرض من حقوق تؤدى عنها[٢]، وقد ذكر الماوردي أوجه الاشتراك والاختلاف حيث من أوجه الاشتراك أن كلًّا منها مأخوذ من كافر ويصرف في مصارف الفيء، ولا يستحق إلَّا بحلول الحول، وأما أوجه الاختلاف فهي أن الجزية ثبت باجتهاد، وأن الجزية تسقط بالإسلام، والخراج يؤخذ مع الكفر والإسلام، وأن الجزية على الرؤوس والخراج على رقبة الأرض[٣].

فالحكمة من وضع الخراج هو أن تبقى الأرض المفتوحة بأيدي أصحابها ليزرعوها ويعمروها وفي ذلك فوائد كثيرة عليهم حيث تبقى بأيديهم مصادر رزقهم، ويصبح خراجها مصدراً ثابتاً من مصادر تمويل الدولة، وبذلك يكون لبيت المال دخل جيد ثابت (تقريباً) يستعين به لتحقيق المجتمع الإسلامي المتكافل القوي، إضافة إلى إبقاء المجاهدين على جهادهم كقوة عسكرية لا تشتغل بالأرض بل تتفرَّغ للجهاد فضلاً عن عمر رضي الله عنه ووافق عليه الصحابة بعد حوار ونقاش عندما تم فتح سواد العراق حيث رأى

---

(١) المغني لابن قدامة (٨/ ٥٠١ ـ ٥٠٣).

(٢) الأحكام السلطانية للماوردي (ص١٦٦).

(٣) الأحكام السلطانية (ص١٩٩١)، الخراج (ص٦٧).

أن لا توزع الأراضي المفتوحة بل تبقى بأيدي أصحابها (يكونون عمّار الأرض فهم أعلم بها)، وخالفه بعض الصحابة في البداية وعلى رأسهم بلال، ثمَّ اهتدى عمر رضي الله عنه إلى آيات سورة الحشر من قوله تعالى: ﴿مَّآ أَفَآءَ ٱللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِۦ مِنْ أَهْلِ ٱلْقُرَىٰ فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ...﴾ إلى قوله: ﴿وَٱلَّذِينَ جَآءُو مِنۢ بَعْدِهِمْ يَقُولُونَ رَبَّنَا ٱغْفِرْ لَنَا وَلِإِخْوَٰنِنَا ٱلَّذِينَ سَبَقُونَا بِٱلْإِيمَـٰنِ وَلَا تَجْعَلْ فِى قُلُوبِنَا غِلًّا لِّلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ رَبَّنَآ إِنَّكَ رَءُوفٌ رَّحِيمٌ﴾[1].

فوجد فيها الدلالة الواضحة على ضرورة رعاية حقوق الأجيال اللاحقة، وهذه الرعاية إنما تتحقق بإبقاء الأرض المفتوحة للدخل الدائم المستمر ليستفيد منه كل جيل، حيث قال عمر بعد أن تلا عليهم آيات الحشر: قد أشرك الله الذين يأتون من بعدهم في هذا الفيء فلو قسمته لم يبق لمن بعدكم شيء، ولئن بقيت ليبلغن الراعي بصنعاء نصيبه من هذا الفيء ودمه في وجهه وقد بيَّن عمر رضي الله عنه، الغرض من وضع الخراج وهو أن تكون حصيلة ما تجبى للدفاع والجهاد والخدمات العامة ولتحقيق التكافل الاجتماعي حيث قال: فإذا قسمت أرض العراق بعلوجها وأرض الشام بعلوجها، فما يسد به الثغور؟ وما يكون للذرية والأرامل بهذه البلد وبغيره[2].

اجتماع الزكاة والخراج:

يتصور هذا الاجتماع في حالة ماذا أسلم صاحب الأرض الخراجية، أو اشتراها مسلم أو استأجرها فهل تؤخذ منه زكاة وخراج؟ اختلف فيه الفقهاء فذهب الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة[3] إلى جواز اجتماع

---

(١) سورة الحشر: الآيات ٧ ـ ١٠، انظر هذه المسألة بالتفصيل في: الخراج لأبي يوسف (ص٦٧ ـ ٧٢).

(٢) الخراج (ص٦٩).

(٣) حاشية الدسوقي، والمجموع (٥/ ٤٥٤)، والمبدع (٢/ ٣٥٣).

الزكاة والخراج؛ لأنهما حقان مختلفان من حيث الأساس والمصرف حيث الخراج مفروض على الأرض ويصف مصارف الفيء الزكاة مفروضة على ما يستخرج منها من زروع وثمار.

وذهب الحنفية إلى عدم جواز الجمع بينهما حيث يظل الخراج هو الأساس فإذا دفع المسلم الخراج على أرضه الخراجية سقطت عنه الزكاة[1]، واستدلوا بحديث: «لا يجتمع عشر وخراج في أرض مسلم»[2].

ولسنا هنا بصدد عرض أدلة الطَّرفين ومناقشتهما لكن الذي يظهر رجحانه هو قول الجمهور لأن الخراج أمران مختلفان فلا يغني أحدهما عن الآخر، والحديث الذي استدل به الأحناف حديث ضعيف لا ينهض حجة؛ لأن فيه يحيى بن عنبسة، قال الحافظ الزيلعي، قال ابن عدي: يحيى بن عنبسه منكر الحديث، وإنما يروي هذا من قول إبراهيم فجاء يحيى فأبطل فيه، ووصله النبي ﷺ ويحيى مكشوف الأمر في ضعف لرواياته عن الثقات الموضوعات انتهى. قال ابن حبان: ليس هذا كلام رسول الله ﷺ ويحيى بن عنبسة دجال يضع الحديث لا تحل الرواية عنه... وقال الدارقطني: يحيى هذا دجال يضع الحديث وذكره ابن الجوزي في الموضوعات[3]

والخراج كان منذ عهد عمر رضي الله عنه يؤخذ سنويًّا من الأرض مع قطع النظر عن إنتاجها حيث يؤخذ على جريب، وهذا يسمى بخراج الوظيفة ثمَّ حدثت ظروف وتغيرات دفعت الخليفة أبو جعفر المنصور إلى القول بخراج المقاسمة بأن تأخذ الدولة جزءاً شائعاً من غلة الأرض مثل الربع،

---

(١) فتح القدير (٣/ ١٤)، والخراج لأبي يوسف (ص١١٥)، والأحكام السلطانية للماوردي (ص١٧١).

(٢) قال الزيلعي ـ نصب الراية، ط المكتبة الإسلامية (٣/ ٤٤٢): رواه ابن عدي في الكامل عن يحيى بن عنبسة... وهو منكر الحديث.

(٣) نصب الراية (٣/ ٤٤٢)، ويراجع المجموع (٥/ ٤٥٥).

والخمس، ونحوهما، ويتكرَّر هذا الواجب بتكرر الزراعة[1]، وهذا يدل على أن تقدير الخراج منوط باجتهاد الإمام حسبما يحقق من مصلحة.

(ج) ضريبة التعشير أو العشور في التجارات:

التعشير لغة من عشر، بتشديد الشين، فيقال: عشر المال، أي: أخذ عشره. وأصله من عشر يعشر عشراً وعشوراً؛ أي: أخذ واحداً من عشرة، ويقال: عشر المال عشوراً؛ أي: أخذ عشرة مكساً فهو عاشر، وله معان أخرى[2].

والعشور والتعشير والأعشار في الاصطلاح يقصد به ما يؤخذ على أموال التجارة التي يأتي بها غير المسلمين إلى بلاد المسلمين[3].

وكان أول من شرع العشور على أموال التجارة التي يأتي بها غير المسلمين سيدنا عمر رضي الله عنه يقول أبو يوسف: كتب أبو موسى الأشعري إلى عمر بن الخطاب: أنَّ تجَّاراً من قبلنا من المسلمين يأتون أرض الحرب فيأخذون منهن العشر؟ قال: فكتب إليه عمر: فخذ أنت منهم كما يأخذون من تجار المسلمين، وخذ من أهل الذمة نصف العشر، ومن المسلمين من كل أربعين درهماً درهماً[4].

وهذا الأثر يدل على مشروعية الضريبة على التجارة بحيث توضع على

---

(١) ذكر الماوردي في الأحكام السلطانية (ص١٦٨) أن عمر رضي الله عنه ضرب على جريب من الكرم والشجر الملتف عشر دراهم، ومن النخل ثمانية دراهم، ومن قصب السكر ستة دراهم ـ ومن الرطبة خمسة دراهم، ومن البر أربعة دراهم، ومن الشعير درهمين ـ الأحكام السلطانية لأبي يعلى (ص١٦٢).

(٢) يراجع: المعجم الوسيط (٢/ ٦٠٢)، ولسان العرب مادة (عشر).

(٣) يراجع: الخراج لأبي يوسف (ص٢٧١)، والأحكام السلطانية للماوردي (ص٢٠٨).

(٤) الخراج (ص٢٧٥ ـ ٢٧٦).

تجارة غير المسلمين الذين يأتون من الخارج العشر ١٠٪ وعلى تجارة الذميين نصف العشر ٥٪ وعلى تجارة المسلمين الزكاة، كما يدل على المعاملة بالمثل فإذا كانت الدول غير الإسلامية تضع على تجارتنا أثر فلنا الحق أن نضع على تجارتها أكثر وقد بيَّن أبو يوسف بأن البداية كانت من أهل منهج قوم من أهل الحرب وراء البحر كتبوا إلى عمر بن الخطاب فقالوا: دعنا ندخل أرضك تجاراً تعاشرنا قال: فتشاور عمر أصحاب رسول الله ﷺ في ذلك فأشاروا عليه به، فكان أول من عشر من أهل الحرب[١].

ولا شك أن هذا الاجتهاد العمري الذي وافق عليه الصحابة يعد أصلاً عظيماً في العلاقات التجارية الدولية وفي تنميتها، وفي ترسيخ موازين العدل والمساواة والمعاملة بالمثل بما يحقق الخير للجميع وفي دعم الاقتصاد الإسلامي حيث يصرف ما يجبى منها مصرف الفيء.

(د) الضريبة على الركاز (المعادن والكنوز)، وما تخرجه البحار:

فقد فرض رسول الله ﷺ الخمس في الركاز فقال: «**وفي الركاز الخمس**»[٢]، وهو يشمل على الراجح المعادن بجميع أنواعها السائلة والصلبة الظاهرة والباطنة ويشمل الكنوز أيضاً[٣].

وعلى ضوء ذلك فما تخرجه الأرض من أثقالها ومعادنها وكنوزها للإمام الحق في فرض ضريبة الخمس، يقول أبو يوسف: وفي كل ما أصيب في المعادن من قليل، أو كثير الخمس فأما الركاز فهو الذهب والفضة الذي

---

(١) الخراج (ص٢٧٦).

(٢) الحديث متفق عليه ـ صحيح البخاري ـ مع الفتح ـ (٣/ ٣٦٣)، ومسلم (٣/ ١٣٣٤)، والترمذي (٤/ ٤٢٩)، وأبو داود ـ مع العون ـ (٨/ ٣٢١)، والموطأ (ص١٧٠)، والدارمي (١/ ٣٣١)، والسنن الكبرى (٤/ ١٥٢).

(٣) الأحكام السلطانية للماوردي (ص١٢٦)، والأحكام السلطانية لأبي يعلى (ص١٢٧).

خلقه الله في الأرض يوم خلقت ففيه أيضاً الخمس ومن أصاب كنزاً عاديًّا في ملك أحد فيه ذهب أو فضة أو جوهر أو ثياب فإن في ذلك الخمس[1].

ويقول أبو يوسف فيما يخرجه البحر فإن فيما خرج من البحر من الحلية والعنبر الخمس[2]، وترجم البخاري باب ما يستخرج من البحر، ثمَّ نقل قول الحسن: في العنبر واللؤلؤ الخمس، فإنما جعل النبي ﷺ في الركاز الخمس[3].

فهذه الأنواع السابقة (من الجزية والخراج والعشور وخمس الركاز)، وإن كان لها أسماؤها الخاصة، لكنه لا مانع من تسميتها بالضرائب، إذ هي تتفق معها في جوهرها وهدفها مع ملاحظة أن لكل نظام خصائصه ومميزاته ولذلك الأفضل إبقاؤها على مصطلحاتها ومن هنا فإن الدولة الإسلامية لها الحق في الأخذ بهذه الوسائل المقررة لتحصيل الأموال وتوفيرها بل عليها شرعاً أن تبحث جاهدة لإحيائها وتنفيذها.

*** ثانياً: فرض ضرائب جديدة بجانب الزكاة ليس لها سابقة عملية منذ الرسول ﷺ والخلافة الراشدة فهل للدولة الإسلامية الحق في فرضها؟**

هذا ما ثار فيه خلاف بين الفقهاء قديماً وحديثاً بين رافض ومانع، ومجيز بشروط وضوابط ويمكن التعبير عنه من خلال السؤال الآتي: (هل في المال حق سوى الزكاة)، أو هل يعفي دفع الزكاة صاحب المال من أية التزامات مالية أخرى، أم أنها هي الحق الأساسي، ولا مانع من تشريع حقوق أخرى بجانبها؟

وسبب الخلاف الأساسي يرجع إلى نصوص متعارضة في ظاهرها، حيث إن بعضها يدل على أنه ليس في المال حق واجب سوى الزكاة مثل

---

(١) الخراج (ص٦٤ ـ ٦٥).
(٢) الخراج (ص١٥١).
(٣) صحيح البخاري ـ مع الفتح ـ (٣/ ٣٦٢).

حديث الأعرابي الذي سأل عن الزكاة ثمَّ قال: هل علي غيرها؟ قال ﷺ: «**لا إلا أن تطوع**»، ومع ذلك شهد له رسول الله ﷺ بالفلاح والفوز بالجنة(١)، كما استدلوا بحديث ورد مرة بلفظ (ليس في المال حق سوى الزكاة) لكنه حديث ضعيف جدًّا ومردود بل فيه خطأ وتحريف(٢).

ولكن بجانب هذه النصوص توجد أخرى تدل على أن في المال حقًّا سوى الزكاة حيث استدلوا بقوله تعالى: ﴿لَّيْسَ ٱلْبِرَّ أَن تُوَلُّوا۟ وُجُوهَكُمْ قِبَلَ ٱلْمَشْرِقِ وَٱلْمَغْرِبِ وَلَٰكِنَّ ٱلْبِرَّ مَنْ ءَامَنَ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْءَاخِرِ وَٱلْمَلَٰٓئِكَةِ وَٱلْكِتَٰبِ وَٱلنَّبِيِّـۧنَ وَءَاتَى ٱلْمَالَ عَلَىٰ حُبِّهِۦ ذَوِى ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْيَتَٰمَىٰ وَٱلْمَسَٰكِينَ وَٱبْنَ ٱلسَّبِيلِ﴾(٣)، وقد استدل بهذه الآية على أن في المال حقًّا سوى الزكاة الترمذي والطبري وغيرهما(٤)، كما استدلوا بالآيات والأحاديث الواردة في حق الزرع عند الحصاد ما عدا زكاته، وحقوق الأنعام والخيل، وحق الضيف وحق الماعون، ووجوب التكافل بين المسلمين(٥)، وقد دافع ابن حزم دفاعاً مستميتاً عن هذا الرأي فناقش المخالفين ورد على أدلتهم، ثمَّ أورد من النصوص ما يدل عليه(٦).

---

(١) صحيح البخاري ـ مع الفتح ـ (٣/ ٣٦١)، ومسلم (١/ ٤٠ ـ ٤١).

(٢) قال النووي في المجموع (٥/ ٣٣٢): (أنه حديث ضعيف جدًّا لا يعرف ويقول البيهقي في السنن (٤/ ٨٤): ولست أحفظ فيه إسناداً، واعترض عليه الحافظ العراقي برواية ابن ماجه في سننه بهذا اللفظ ولكن الحافظ أبا زرعة بيَّن بأنه عند ابن ماجه بلفظ (في المال)، وفي بعض نسخه ليس في المال وقد أوضح الشيخ أحمد شاكر في تعليقه على الأثر (٢٥٣٠) من تفسير الطبري (٣/ ٣٤٣) أن لفظ (ليس) زيدت عن طريق النساخ ثمَّ شاع الخطأ بعد، وأورد على ذلك أدلة مقنعه فليراجع وانظر: فقه الزكاة (٢/ ٩٦٦).

(٣) سورة البقرة: الآية ١٧٧.

(٤) تفسير الطبري بتحقيق الشيخ أحمد شاكر (٣/ ٣٤٣ ـ ٣٤٤).

(٥) فقه الزكاة حيث أفاض في الأدلة والنقاش ووصل إلى ترجيح القول الأخير بأن في المال حقًّا سوى الزكاة (٢/ ٩٦٤ ـ ٩٩٤).

(٦) المحلى (٥/ ٢١٦ ـ ٢١٧).

وهذا الرأي هو الأولى بالترجيح والقبول، فإذا ثبت هذا فتنتقض قاعدة المخالفين فيحصر حقوق المال في الزكاة وبالتالي يفتح باب جواز فرض الضرائب مع الزكاة لرقابة مصالح الأمة، وتغطية النفقات العامة للدولة بضوابط وشروط وهذا ما عليه بعض المعاصرين ودافع عنه الشيخ القرضاوي ورد على المخالفين الذين ينفون وجود حق مالي آخر على المال سوى الزكاة.

ونحن نوجز أدلة الفريقين مع المناقشة والترجيح استدل النافون لجواز فرض ضرائب جديدة مع الزكاة بما يأتي:

استدل النافون لجواز فرض ضرائب جديدة مع الزكاة، بما يأتي:

أوَّلاً: أن المشهور عند الفقهاء أن لا حق في المال سوى الزكاة بدليل بعض النصوص الدالة على ذلك كما سبق، وبالتالي فلا يجوز فرض الضريبة على المال.

ثانياً: أن الإسلام احترم الملكية الخاصة وصانها من الاعتداء، ويدل على ذلك نصوص كثيرة من الكتاب والسُّنَّة فقال ﷺ: «**إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم حرام عليكم كحرمة يومكم هذا**»[1]، وقوله: «**مَن قتل دون ماله فهو شهيد**»[2].

ولا شك أن فرض الضريبة على المال اعتداء على هذه الملكية بدون دليل شرعي.

ثالثاً: أن الرسول ﷺ قد ذم أهل المكس وهو الضريبة حيث قال الرسول ﷺ: «**إن صاحب المكس في النار**»[3]، وقال أيضاً: «**لا يدخل الجنة**

---

(١) الحديث رواه البخاري ـ مع الفتح ـ كتاب العلم (١/ ١٩٩)، ومسلم كتاب القسامة (٣/ ١٣٠٥)، وأحمد (٤/ ٧٦ ـ ٥/ ٣٠).

(٢) رواه البخاري ـ مع الفتح ـ كتاب المظالم (٥/ ١٢٣)، ومسلم كتاب الإيمان (١/ ١٢٤)، وأحمد (٢/ ١٦٣ ـ ٦ ـ ٢ ـ ٢١٧ ـ ٣٢١).

(٣) رواه أحمد من رواية ابن لهيعة (٤/ ١٠٩).

صاحب مكس»[1]، وقال أيضاً في توبة المرأة الغامدية الزانية: «**لو تابها صاحب مكس لغفر له**»[2]، فهذه الأحاديث تدلّ على أن المكس إثم عظيم وهو الضريبة المفروضة على الأموال، وكذلك وردت أحاديث وإن كانت ضعيفة لكنها يقوّي بعضها بعضاً في عدم جواز العشور على تجارة المسلمين، منها ما رواه الطبراني في الكبير بسنده عن النبي ﷺ: «**إن الله يدنوا من خلقه فيغفر لمن يستغفر إلَّا لبغي بفرجها، أو العشار**»[3]، **قال ابن الأثير: المكس الضريبة التي يأخذها الماكس، وهو العشار**[4]، قال الحافظ المنذري: أما الآن فإنهم يأخذون مكساً باسم العشر ومكوساً آخر ليس لها اسم، بل شيء يأخذونه حراماً وسحتاً[5]، وقد وردت أحاديث أخرى بلفظ: «**إنما العشور على اليهود والنصارى**»[6].

ويمكن أن تناقش هذه الأدلة على المطلوب لأن احترام الملكية لا يتنافى مع فرض حقوق أخرى تعود آثارها بالمصلحة والخير على المجتمع الذي يشمل صاحب المال نفسه، وأن الدليل الثَّالث يدل على حرمة المكس والعشر الذي فيه ظلم وتعسف وإجحاف وبدون حق وضوابط ولا سيما أن كلمة (المكس) قد ارتبطت منذ قديم الزمان بالإتاوات والضرائب الجائرة التي كانت تفرض بالقوة وتجبى بالسياط وتصرف لمصالح الإمبراطور أو الحاكم وحده دون رعاية مصالح الفرد والأمة، ولذلك جاء في البحر الرائق أن ما ورد من ذم (العشار) محمول على من يأخذ أموال الناس ظلماً، كما يفعله الظلمة

---

(١) رواه أبو داود ـ مع العون ـ كتاب الإمارة (٨/ ١٥٦)، والدارمي ـ كتاب الزكاة (١/ ٣٣٠)، وأحمد (٤/ ١٤٣ ـ ١٥٠).
(٢) صحيح مسلم كتاب الحدود (٣/ ١٣٢٣).
(٣) النهاية في غريب الحديث (٤/ ١١٠).
(٤) سنن الدارمي (١/ ٣٣٠).
(٥) الترغيب والترهيب (١/ ٥٦٧).
(٦) سنن أبي داود مع العون (٨/ ٢٩٩).

اليوم[1]، وقال الذهبي: (المكاس من أكبر أعوان الظلمة، بل هو من الظلمة أنفسهم، فإنه يأخذ ما لا يستحق، ويعطيه لمن لا يستحق)[2].

وأما حديث رفع العشور عن المسلمين فقال الشيخ القرضاوي: ومع أنه لم يصح ليس صريح الدلالة على ما قالوه بل له أكثر من معنى صحيح يمكن حمله عليه بدون العشر الذي كان يأخذه ملوك العرب والعجم في الجاهلية إلى ربع العشر[3].

وأمَّا أدلَّة المجيزين لفرض ضرائب بجانب الزكاة فهي:

أوَّلاً: أنَّ التضامن الاجتماعي فريضة تدل عليه النصوص الكثيرة من الكتاب والسُّنَّة كما سبق.

ثانياً: أنَّ مصارف الزكاة محدودة ونفقات الدولة كثيرة فالزكاة لها مقدارها الخاص، ومصاريفها الخاصة فلا تخلط ببقية أموال الدولة، بينما الدول تحتاج إلى أموال كثيرة للدفاع والحرب، والبحوث العلمية والتقدم التكنولوجي ولتحقيق مجتمع العدالة والتعاون والتضامن والتكافل، ولا سيما في عصرنا الحاضر الذي نضب فيه مورد الغنائم والفيء لقد ذكر فقهاء الشافعية أن رواتب الجند المرتزقة لا تؤخذ من الزكاة، وإنما تكون من بيت المال، وإذا لم يوجد فيه فيلزم أغنياء المسلمين إعانتهم من غير مال الزكاة، يقول النووي: أظهرهما؛ أي: القولين لا يعطى المرتزقة من الزكاة من سهم سبيل الله، بل تجب إعانتهم على أغنياء المسلمين[4].

ثالثاً: قواعد الشريعة كقاعدة (ما لا يتم الواجب إلَّا به فهو واجب)، وقاعدة رعاية المصالح ودرء المفاسد، وقاعدة الغرم بالغنم، حيث الفرد

---

(١) البحر الرائق (٢/ ٢٤٩).

(٢) الكبائر (ص١١٩).

(٣) فقه الزكاة (٢/ ١٠٩٦ ـ ١٠٩٧).

(٤) الروضة، ط المكتب الإسلامي (٢/ ٢٢١).

يستفيد من وجود الدولة وقوتها وهيبتها فلا بد أن يكون له مقابل(1).

رابعاً: ما ذكره القرآن وأقره حول عرض الشعب الخراج والضريبة الزائدة لحماية الأمة فقال تعالى: ﴿قَالُوا۟ يَٰذَا ٱلْقَرْنَيْنِ إِنَّ يَأْجُوجَ وَمَأْجُوجَ مُفْسِدُونَ فِى ٱلْأَرْضِ فَهَلْ نَجْعَلُ لَكَ خَرْجًا عَلَىٰٓ أَن تَجْعَلَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمْ سَدًّا﴾(2)، يقول القاضي ابن العربي: وعلى الملك فرض أن يقوم بحماية الخلق في حفظ بيضتهم وسد فرجتهم، وإصلاح ثغرهم من أموالهم التي تفيء عليهم، حتى لو أكلتها الحقوق وأنفقتها المؤن واستوفتها العوارض لكان عليهم جبر ذلك من أموالهم(3)، قال الشوكاني: قال الأزهري: الخراج يقع على الضريبة، ويقع على مال الفيء وعلى الجزية وعلى الغلة قال قطرب: الخراج الجزية، والخراج في الأرض وقيل: الخرج ما يخرجه كل أحد من أمواله، والخراج ما يجبيه السلطان(4).

خامساً: الأدلة التي ذكرناها في أنَّ في المال حقًّا سوى الزكاة.

الترجيح:

والذي يظهر لنا رجحانه هو أن الأصل عدم جواز فرض ضرائب ولكنه يستثنى من هذا الأصل حالات الضرورة والحاجة الملحة للدولة المسلمة مع ضرورة توافر ضوابط العدالة والمساواة وعدم الجور والاعتساف والإجحاف وبذلك نجمع بين الأدلة المتعارضة في ظاهرها حيث يدل بعضها على جواز ذلك مطلقاً وبعضها على المنع، وذلك بأن تحمل أدلة المنع على حالات عدم الحاجة، والظلم والجور والإعتساف وأدلة الجواز على حالات الحاجة مع ضوابط العدل والمساواة والإنصاف، يقول السرخسي: ما روي من ذم

---

(1) فقه الزكاة (٢/ ١٠٧٥).

(2) سوره الكهف: الآية ٩٤.

(3) أحكام القران لابن العربي ط دار المعرفة بيروت (٣/ ١٢٤٨)، ويراجع التفسير الكبير للرازي ـ ك ط دار إحياء التراث العربي (٢١/ ١٦٩ ـ ١٧١).

(4) فتح القدير للشوكاني، ط عالم الكتب بيروت (٣/ ٣١٢).

العشار فمحمول على ما يؤخذ مال الناس ظلماً كما هو في زماننا دون ما يؤخذ ما هو حق[1].

وقد أكَّد فقهاؤنا هذا الأصل والاستثناء حيث يقول صاحب المعيار المعرب في جواب سؤال حول حكم فرض الخراج على الرعية: (إن الأصل أن لا يطالب المسلمون بمغارم غير واجبة بالشرع، وإنما يطالبون بالزكاة وما أوجبه القرآن والسنة كالفيء والركاز، وإرث من يرثه بيت المال، وهذا ما أمكن به حمل الوطن وما يحتاج له من به حمل جند ومصالح المسلمين وسد ثلم الإسلام فإذا عجز بيت المال عن أوراق الجند وما يحتاج إليه من آلة حرب وعدة فيوزع على الناس ما يحتاج إليه من ذلك وعند ذلك يخرج هذا الحكم ويستنبط من قوله تعالى: ﴿قَالُواْ يَٰذَا ٱلْقَرْنَيْنِ إِنَّ يَأْجُوجَ وَمَأْجُوجَ مُفْسِدُونَ فِى ٱلْأَرْضِ فَهَلْ نَجْعَلُ لَكَ خَرْجًا﴾[2]، لكن لا يجوز هذا إلَّا بشروط...[3].

وهناك فتوى شبه جماعية في مذهب مالك حيث جمع الأمير العادل يوسف بن تاشفين (٤١٠ ــ ٥٠٠ هجرية) العلماء والقضاة في المغرب وبينهم أبو الوليد الباجي وعرض عليهم حاجة الدولة إلى أموال إضافية من أجل تجهيز الجيوش ومدافعة الأعداء وعدم وجود المال الكافي في بيت المال فأجازوا له أن يأخذ من أموال المسلمين ما يفي بذلك[4]. وقد حدث مثل ذلك في أيام قطز بمصر حينما أراد التجهيز لقتال التتار حيث جمع القضاة والفقهاء والأعيان لمشاورتهم في أخذ الأموال ليستعان بها على جهادهم وكان من بينهم القاضي بدر الدين السنجاري قاضي قضاة الديار المصرية وحضرة الشيخ عز الدين بن عبد السَّلام فتناقشوا في الأمر فانتهوا إلى ما قاله من أنه إذا طرق العدو بلاد الإسلام وجب على العالم قتالهم، وجاز لكم أن

---

(١) المبسوط (٢/ ١٩٩).

(٢) سورة الكهف: الآية ٩٤.

(٣) المعيار المعرب، ط دار الغرب الإسلامي بيروت (١١/ ١٢٧ ــ ١٢٨).

(٤) السير الكبير مع شرحه (١/ ١٢٩).

تأخذوا من الرعية ما تستعينون به على جهادكم بشرط أن لا يبقى في بيت المال شيء، وتبيعوا مالكم من الحوائص[1] المذهبة والآلات النفيسة ويقتصر كل الجند على مركوبه وسلاحه وتساووا هم والعامة أما أخذ الأموال من العامة مع بقايا ما في أيدي الجند من الأموال والآلات الفاخرة فلا[2]، وتكرر هذا الموقف للإمام النووي مع الظاهر بيبرس[3].

ونرى مثل هذه الفتاوى المتزنة لدى فقهائنا الذين تطرقوا لمثل هذه القضية مثل الغزالي[4]، والشاطبي[5]، والجويني[6]، والقرطبي[7]، وابن العربي[8]، والشوكاني[9]، وغيرهم، حتى قال إمام الحرمين: فإذا كانت الدماء تسيل على حدود الظبات ـ السيوف ـ فالأموال في هذا المقام من المستحقرات وأجمع المسلمون على أنه إذا اتفق في الزمان مضيعون فقراء تعين على الأغنياء أن يسعوا في كفايتهم وكذلك اتفقوا كافة على وجوب بذل الأموال في جهات فرض الكفايات فلاح على أبلغ وجه في الإيضاح أنه يجب على الأغنياء في هذا القسم أن يبذلوا فضلات أموالهم حتى تتجلى هذه الداهية؛ أي: احتلال الكفار لديار الإسلام وتنكف الفئة المارقة الطاغية.

---

(١) وفيات الأعيان (٦/ ١١٨)، ويراجع الملكية للدكتور العبادي، ط الأقصى بعمان (٢/ ٢٩٣).
والحوائص هي الألبسة المذهبة الغالية التي يخلعها السلطان على أمرائه وأعوانه ـ انظر: لسان العرب مادة (حوض).

(٢) النجوم الزاهرة ط وزارة الثقافة المصرية (٧/ ٧٢ ـ ٧٣).

(٣) فقه الزكاة (٣/ ١٠٨٠ ـ ١٠٨١).

(٤) المستصفى (١/ ٣٠٣).

(٥) الاعتصام (٢/ ١٠٤).

(٦) غياث الأمم تحقيق ـ د. عبد العظيم الديب ـ ط قطر (ص٢٥٩ ـ ٢٦٠).

(٧) تفسير القرطبي المسمَّى الجامع لأحكام القرآن (١١/ ٦٠).

(٨) أحكام القرآن (٣/ ١٣٤٨).

(٩) السيل الجرار (٤/ ٥٢٠).

الشروط المطلوبة لفرض الضرائب:

ومع التأكيد على أن الأصل هو عدم إباحة فرض الضرائب والاستثناء هو جوازها لا بدّ أن يكون هذا الاستثناء في إطار الشروط والضوابط التالية وهذا ما أكده فقهاؤنا المحققون يقول القاضي ابن العربي[1]:

ذلك؛ أي: أخذ الأموال من الرعية ـ بثلاثة شروط:

الأوَّل: ألَّا يستأثر بشيء عليهم. . .

الثَّاني: أن يبدأ بأهل الحاجة منهم. . .

الثَّالث: أن يسوى في العطاء بينهم على مقدار منازلهم. . .

وذكر الونشريسي خمسة شروط نذكرها فيما بعد، وقسم إمام الحرمين[2] الأحوال إلى ثلاث حالات: احتلال الكفار لديار الإسلام، وحالة الاستشعار بالخطر الداهم وحالة الحاجة إلى المال لاستمرار الجهاد والدفاع. . .

ويمكن تلخيص الضوابط والشروط المطلوبة فيما يأتي:

١ ـ الحاجة الحقيقية إلى المال بأن لا توجد موارد كافيه لدى الدولة، فلو كان في بيت المال ما يقوم به لم يجز. . .

٢ ـ أن تتصرف الدولة في المال بالعدل، بأن توزع الأعباء بالعدل.

٣ ـ أن تصرف بحسب المصلحة والحاجة والعدل.

٤ ـ أن يكون الغرم على من كان قادراً من غير ضرر ولا إجحاف؛ أي: أن يقتصر فرضها على القادرين دون المحتاجين.

٥ ـ أن يتفقد هذا في كل وقت فإذا انتفت الحاجة أزيلت الضريبة وبعبارة أخرى أن يكون فرضاً مؤقتاً مقيد بالحاجة. . .

---

(١) أحكام القرآن (٣/١٢٤٨).

(٢) غياث الأمم (ص٢٥٩ ـ ٢٦٠).

٦ ـ موافقة أهل الشورى على فرض الضرائب. . .

٧ ـ عدم احتساب هذه الضرائب من الزكاة لأنَّ مصارفهما مختلفة فالضرائب حتى ولو كانت عاجلة لا يجوز احتسابها من الزكاة وأما الجائزة فأولى بهذا الحكم. . .

هل تغني الضريبة عن الزكاة؟

للجواب عن هذا السؤال يقول علماؤنا:

إنه لا تغني الضريبة عن الزكاة لاختلاف كل منهما في المصرف والنية وغيرهما وما وجد تناقض في أحوال المسلمين فليس المسؤول عنه الإسلام، وإنما الاستعمار هو الذي صنع ذلك وقد صرح فقهاؤنا وحديثاً بأن المكوس لا تغني عن الزكاة ولا تحسب منها مثل ابن حجر الهيثمي وابن عابدين والشيخ عليش، والسيد رشيد والشيخ شلتوت والشيخ أبي زهرة والقرضاوي وغيرهم، ولكن الأموال التي تؤخذ كضرائب تحسم من الموجودات الزكوية. . .

التهرُّب من الضريبة:

إذا كانت الضريبة عادلة وتوفرت منها شروطها وحكم بها ولي الأمر فإنه يجب على المسلمين الالتزام بها تنفيذاً لقوله تعالى: ﴿أَطِيعُوا۟ ٱللَّهَ وَأَطِيعُوا۟ ٱلرَّسُولَ وَأُو۟لِى ٱلْأَمْرِ مِنكُمْ. . .﴾[1].

وأما الضرائب الجائزة فلا نعتقد أنه يترتب على التهرب منها عقوبات أخروية ولكن مع ملاحظة المصالح الدعوية وعدم التعرُّض للهلاك والإيذاء، والله أعلم. . .



(١) سورة النساء: الآية ٥٩.

حديث: «لا تبع ما ليس عندك»
سنده وفقهه.. دراسة تحليلية

تمهيد:

إنَّ أَقْوَمَ الطرق للوصول إلى معرفة الأحكام الشرعية يكمن في العودة إلى المنبع الصافي المتمثل في الكتاب والسُّنَّة، ثمَّ الإفادة بما ذكره الفقهاء على مرِّ العصور والاستعانة به، وبما ذكره المفسرون وشرَّاح الحديث النبوي الشريف.

ولكنه مع ذلك فقد مرت حقبة طويلة ـ بعد ازدهار الفقه، وتثبيت المذاهب الفقهية في البلدان ـ أولى أكثر الفقهاء المتأخرين كل جهودهم نحو نصوص الفقهاء المتقدمين وآرائهم؛ حيث كان الجدال والنقاش حولها، بل كان الاستنباط من خلالها، فظهرت آراء كثيرة في كثير من الجزئيات والفرعيات فيما لو عرضت أساساً على الكتاب والسُّنَّة لما ظهرت، بل ظهرت بعض نظريات فقهية صنع منها البعض مبادىء كلية، مثل منع بيع المعدوم كقاعدة، وجعل السلم استثناء، مجانبين لمعيارية الأصل والفرع.

كانت هذه هي السمة الظاهرة للعصور المتأخرة، ولكنه مع ذلك ظهر علماء أعلام في كل عصر ـ مثل العز بن عبد السَّلام، وابن تيمية، وابن القيِّم ـ ناضلوا في سبيل ربط الفقهاء بالمصادر الصافية للأحكام، ثمَّ الاستفادة مما قاله الأئمة الأعلام، ومن مقاصد الشريعة الغرَّاء.

ومن هذا المنطلق اخترت حديثاً نبويًّا شريفاً ثار حول معناه كثير من الجدل والنقاش، ووضع منه البعض قواعد وآراء تعتبر بعيدة عن معناه وفحواه في نظرنا، ليكون مجالاً لبحثي، ولأقوم بدراسته دراسة حديثية لرواياته

وألفاظه، ودرجة قوته، ودراسة أصولية لدلالته الأصولية، ودراسة فقهية لفقهه وما يمكن أن يستنبط منه من الأحكام، وما هو بعيد عن معناه ومناطه، مع ذكر تطبيقاته، وعلاقته ببعض العقود المعاصرة سلباً أو إيجاباً.

والله نسأل أن يكتب لنا التوفيق، والإخلاص، والعصمة في القول والعمل، وأن يقبلنا في عباده المتقين. آمين.

متن الحديث، وسنده وطرقه:

ورد النهي عن بيع ما ليس عند الإنسان بعدة ألفاظ مختلفة وهي:

١ ـ اللفظ الأوَّل عن حكيم بن حزام بلفظ: «لا تبع ما ليس عندك».

رواه بهذا اللفظ عن حكيم بن حزام:

أبو داود في سننه: كتاب البيوع باب الرجل يبيع ما ليس عنده، الحديث رقم ٣٤٨٦ (عون المعبود ٩/ ٤٠١)، ورقم الحديث في بعض الطبعات لسنن أبي داود ٣٥٠٣.

ورواه الترمذي في سننه: كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عنده، الحديث ١٢٥٠ (تحفة الأحوذي ٤/ ٤٣٠ ـ ٤٣٣).

والنسائي في سننه: كتاب البيوع، باب ما ليس عند البائع، الحديث رقم ٤٦١٢، طبعة دار البشائر الإسلامية ـ بيروت.

وابن ماجه في سننه: كتاب التجارات، باب النهي عن بيع ما ليس عندك وعن ربح ما لم يضمن، الحديث ٢١٨٧ (٢/ ٧٣٧).

وأحمد في مسنده عن حكيم بعدة طرق (٣/ ٤٠٢).

والبيهقي بعدة طرق في السنن الكبرى (٥/ ٢٦٧، ٣١٧، ٣٣٩).

والطبراني في المعجم الكبير بعدة طرق، والحديث رقم ٣٠٩٧، ٣٠٩٨، ٣٠٩٩، ٣١٠٢، ٣١٠٣، ٣١٤٣.

وعبد الرزاق في مصنفه، الحديث ١٤٢١٢.

وابن الجارود، الحديث ٦٠٢.

والطيالسي ٢٢٥٧.

كما رواه ابن حزم عن طريق النسائي (٥/ ٥٩٤).

هؤلاء كلهم رووا الحديث باللفظ السابق دون اختلاف، وإنما وقع الاختلاف في سؤال الحكيم، حيث نجد بعض الاختلافات اللفظية أو الزيادة والنقص في نقل سؤاله وصيغته، ولكن أشهرها بلفظ:

قال حكيم بن حزام: يا رسول الله، يأتيني الرجل فيريد من البيع ليس عندي، فأبتاعه له من السوق؟ فقال: «**لا تبع ما ليس عندك**».

٢ ـ اللفظ الثَّاني عن حكيم بن حزام أيضاً بلفظ: «نهاني رسول الله ﷺ أن أبيع ما ليس عندي».

رواه بهذا اللفظ:

الترمذي في جامعه بسندين، الحديث ١٢٥١، ١٢٥٣ (تحفة الأحوذي ٤/ ٤٣٠ ـ ٤٣٤).

وأحمد في مسنده (٣/ ٤٠٢).

والطبراني بأكثر من سند، رقم الأحاديث ٣١٠٠، ٣١٠١، ٣١٠٤، ٣١٠٥، ٣١٣٢، ٣١٣٧، ٣١٣٨، ٣١٣٩، ٣١٤٠، ٣١٤١، ٣١٤٤، ٣١٤٥، ٣١٤٦.

والبيهقي في السنن الكبرى (٥/ ٣٣٩).

والشافعي (ترتيب مسند الشافعي، ط دار الكتب العلمية ـ بيروت رقم الحديث ٤٧٨).

٣ ـ اللفظ الثَّالث ورد عن طريق عمرو بن شعيب عن عبد الله بن عمرو أن النبي ﷺ قال: «لا يحل سلف وبيع. . . ولا بيع ما ليس عندك».

رواه بهذا اللفظ:

أبو داود في سننه، الحديث ٣٤٨٧ (عون المعبود ٩/ ٤٠٢ ـ ٤٠٣).

والترمذي في جامعه، الحديث ١٢٥٢ (تحفة الأحوذي ٤/ ٤٣١).

والنسائي في سننه، الحديث ٤٦١٢ (٧/ ٢٨٨)، وبسند آخر (٧/ ٢٨٩).

وابن ماجه في سننه، الحديث ٢١٨٨ (٢/ ٧٣٧).

والحاكم في مستدركه، بسندين (٢/ ١٧).

وابن حبان في صحيحه، (موارد الظمآن الحديث ١١٠٨ ص٢٧١).

وأحمد في مسنده بعدة طرق (٢/ ١٧٤، ١٧٩، ٢٠٥).

والدارمي في سننه (٢/ ١٦٨).

والبيهقي في السنن الكبرى بثلاثة أسانيد (٥/ ٣٤٣، ٣٣٩، ٢٦٧).

ورواه ابن خزيمة ـ كما قال الشيخ الألباني في الإرواء ـ الحديث ١٣٠٥.

وعبد الرزاق في مصنفه (٨/ ٣٩).

وابن حزم من طريق أبي داود، المحلى (٩/ ٥٩٥).

والدارقطني، الحديث ٣٢٠.

وابن الجارود، الحديث ٦٠١.

والطبراني في الكبير والأوسط (مجمع الزوائد ٤/ ٨٥).

وأبو حنيفة (مسند أبي حنيفة، ط الآداب بالقاهرة ص١٢٤).

٤ ـ **اللفظ الرَّابع من رواية حكيم بن حزام نفسه**، ولكنه خاص بالطعام، ونصه: قال حكيم بن حزام: قال لي رسول الله: **ألم يأتني، أو لم يبلغني** ـ أو كما شاء من ذلك ـ **أنك تبيع الطعام**؟ قال: بلى يا رسول الله. فقال رسول الله ﷺ: «**فلا تبع طعاماً حتى تشتريه وتستوفيه**».

رواه:

الإمام أحمد في مسنده (٣/ ٤٠٣).

والطبراني في المعجم الكبير، الحديث ٣٠٩٧.

والشافعي (ترتيب مسند الشافعي (٢/ ١٤٣) الحديث ٤٧٦، ٤٧٧).

والدارقطني بأكثر من سند (٢/ ٩).

والبيهقي بأكثر من سند (٥/ ٣١٢، ٣١٣).

وابن حبان في صحيحه (الإحسان ٧/ ٢٢٨ ـ ٢٢٩).

والنسائي في سننه الكبرى (نصب الراية، ط دار إحياء التراث العربي ٤/ ٢٣٢).

ملحوظة: توجد اختلافات في الألفاظ في روايات هذا الحديث، لكنها لا تؤثر في متن الحديث المقصود هنا.

ما قاله نقاد الحديث:

كنت أود أن أقوم بدراسة نقدية لجميع رواة الحديث من جميع الجوانب المطلوبة في علوم الحديث، لكني آثرت أن أقتصر على ما قاله نقاد الحديث في هذا الحديث بمتونه التي ذكرناها.

* **فالمتن الأوَّل**:

ـ حكم على صحته البعض، وعلى حسنه الآخرون.

فقد قال الترمذي: «حديث حكيم بن حزام حسن، وقد روي من غير وجه. وروى أيوب السختياني وأبو بشر عن يوسف بن ماهك عن حكيم بن حزام عن النبي.

وروى هذا الحديث عوف وهشام بن حُسّان عن ابن سيرين عن حكيم بن حزام عن النبي، وهذا حديث مرسل؛ إنما رواه ابن سيرين عن أيوب

السختياني عن يوسف بن ماهك هكذا»[1].

والحديث بهذا المتن:

ـ قد حكم ابن حزم بصحته[2].

ـ وقال الإمام النووي: «حديث حكيم صحيح رواه أبو داود، والترمذي، والنسائي، وابن ماجه، وغيرهم بأسانيد صحيحة»[3].

ـ وردَّ الحافظ ابن حجر على من جرح أحد رواته بجهالته بأنه جرح مردود؛ لأنه معروف روى عنه ثلاثة، واحتج به النسائي[4].

ـ وحكم بصحته أيضاً الشيخ الألباني[5].

ـ ومحققاً زاد المعاد[6].

* **أمَّا المتن الثَّاني:**

ـ فقد قال الترمذي: «هذا حديث حسن صحيح»[7].

ـ وقال الألباني: «صحيح»[8].

---

(١) سنن الترمذي ـ مع تحفة الأحوذي ـ (٤/ ٤٣٣).
(٢) المحلى (٩/ ٥٩٥).
(٣) المجموع (٩/ ٢٥٩).
(٤) التلخيص الحبير (٥١٣).
(٥) إرواء الغليل، الحديث رقم (١٢٩٢)، ومشكاة المصابيح، الحديث (٢٨٦٧) حيث قال: إسناده صحيح. وصحيح الجامع، الحديث (٧٠٨٣).
(٦) زاد المعاد بتحقيق الشيخ عبد القادر الأرنؤوط، والشيخ شعيب الأرنؤوط طبعة مؤسسة الرسالة (٥/ ٨٠٧).
(٧) سنن الترمذي، المرجع السابق (٤/ ٤٣٣).
(٨) إرواء الغليل (٥/ ٧ ـ ٨).

* وأمَّا المتن الثَّالث:

فقد روى الترمذي فيه: «وهذا الحديث حسن صحيح»[1].

وهو كما رأينا رواه ابن حبان في صحيحه، وابن خزيمة في صحيحه، والحاكم في مستدركه وقال: «هذا حديث على شرط جملة من أئمة المسلمين، صحيح»، ووافقه الذهبي، وقال: «صحيح، وكذا رواه طائفة»[2].

وقال ابن حزم: «هذا صحيح، وبه نأخذ، ولا نعلم لعمرو بن شعيب حديثاً مسنداً إلَّا هذا وحده، وآخر في الهبات»[3].

وقال الزيلعي: «قال المنذري: ويشبه أن يكون الترمذي إنما صححه لتصريحه فيه بذكر عبد الله بن عمرو، ويكون مذهبه في الامتناع من الاحتجاج بحديث عمرو بن شعيب إنما هو الشك في إسناده، لجواز أن يكون الضمير عائداً على محمد بن عبد الله، فإذا صرح بذكر عبد الله بن عمرو انتفى ذلك»[4].

ووافق الحافظ عبد الحق: «الترمذي في حكمه على هذا الحديث بأنه حسن صحيح»[5].

ونقل الحافظ ابن حجر: تصحيح الترمذي، وابن خزيمة، والحاكم، وأنه أخرجه أيضاً في علوم الحديث من رواية أبي حنيفة عن عمرو المذكور بلفظ آخر[6].

---

(١) الترمذي ـ مع شرحه تحفة الأحوذي (٤/ ٤٣٣).
(٢) المستدرك، وبهامشه التلخيص للحافظ الذهبي (٢/ ١٧).
(٣) المحلى (٩/ ٥٩٥).
(٤) نصب الراية، ط المكتبة الإسلامية (٤/ ١٨ ـ ١٩).
(٥) كتاب الأحكام، ج٢، ورقة (١٥٤)، نقلاً عن إرواء الغليل (٥/ ١٤٧).
(٦) وهو لفظ: «نهى عن بيع وشرط»، ثمَّ قال الحافظ ابن حجر (بلوغ المرام مع شرحه سبل السَّلام ٣/ ٨١٠): «ومن هذا الوجه أخرجه الطبراني في الأوسط وهو غريب».

وقال الألباني: «صحيح»[1].

* **وأمَّا الحديث الرَّابع:**

فقد قال فيه البيهقي: «هذا إسناد حسن متصل»[2].

وعلق عليه العلامة ابن التركمان قائلاً: «كيف يكون حسناً، وابن عصمة متروك، كما قال صاحب المحلَّى، وفي الأحكام لعبد الحق: ضعيف. وأيضاً قد قدمنا في باب العين الغائبة أنه اختلف في سنده»[3].

وقال أبو حاتم: «هذا الخبر مشهور عن يوسف بن ماهك عن حكيم بن حزام ليس فيه ذكر عبد الله بن عصمة، وهذا خبر غريب»[4].

وقال العلامة الزيلعي: «وأخرجه الطبراني في «معجمه» عن عامر الأحول عن يوسف بن ماهك عن ابن عصمة به، وبسند النسائي رواه الدارقطني، ثمَّ البيهقي في «سننهما» قال عبد الحق في «أحكامه»: وقد رواه قاسم بن أصبغ في «كتابه»: عن همام ثنا يحيى أن يعلى بن حكيم حدثه أن يوسف حدثه أن حكيم بن حزام حدثه فذكره، هكذا ذكره يعلى سماع يوسف بن ماهك من حكيم بن حزام. وهشام الدستوائي يرويه عن يحيى، فيدخل بين يوسف وحكيمٍ عبدَ الله بن عصمة، وكذلك هو بينهما في غير حديثه، وعبد الله بن عصمة ضعيف جدًّا، انتهى»[5].

وقال أيضاً: «قال ابن القطان في «كتابه»: هكذا رواه قاسم بن أصبغ، وأنا أخاف أن يكون سقط من الإسناد ابن عصمة، ورواية الدارقطني تبين

---

(١) هكذا قال في صحيح الجامع الصغير، الحديث رقم ٧٦٤٤، في حين قال في إرواء الغليل، الحديث ١٣٠٥، ١٣٠٦: إنه حسن.

(٢) السنن الكبرى للبيهقي (٥/ ٣١٣).

(٣) السنن الكبرى، وبهامشها: الجوهر النقي (٥/ ٣١٣).

(٤) الإحسان بترتيب صحيح ابن حبان (٧/ ٢٢٩).

(٥) نصب الراية لأحاديث الهداية (٤٤/ ٣٢).

ذلك، قال: وذكر ابن حزم في «كتابه» رواية قاسم بن أصبغ، وقال: إن يعلى بن حكيم ثقة، وقد ذكر سماع يوسف من حكيم، فيصير سماع يوسف من ابن عصمة عن حكيم لغواً؛ لأنه إذا سمعه من حكيم فلا يضره أن يسمعه من غير حكيم عن حكيم، انتهى»[1].

وقال: «وقال صاحب «التنقيح»: قال ابن حزم: عبد الله بن عصمة مجهول، وصحح الحديث من رواية يوسف نفسه عن حكيم، لأنه صرح في رواية قاسم بن أصبغ بسماعه منه، والصحيح أن بين يوسف، وحكيم فيه عبد الله بن عصمة، وهو الجشمي حجازي، وقد ذكره ابن حبان في الثقات، وقال عبد الحق في «أحكامه» بعد ذكره هذا الحديث: عبد الله بن عصمة ضعيف جداً، وتبعه على ذلك ابن القطان، وكلاهما مخطىء في ذلك، وقد اشتبه عليهما عبد الله بن عصمة هذا بالنصيبي، أو غيره، ممن يسمى عبد الله بن عصمة، انتهى كلامه»[2].

وما قاله العلامة الزيلعي في تخطئة ابن قطان، وعبد الحق وافقه عليه الحافظ ابن حجر العسقلاني حيث قال في ترجمة عبد الله بن عصمة الجشمي: «روى عن حكيم بن حزام، وعنه عطاء بن أبي رباح ويوسف بن ماهك وصفوان بن موهب الكوفيون، ذكره ابن حبان في الثقات».

ثمَّ نقل ما قاله ابن حزم، وتبعه عبد الحق وابن قطان وعلق عليه بقوله: «وقال شيخنا: لا أعلم أحداً من أئمة الجرح والتعديل تكلم فيه، بل ذكره ابن حبان في الثقات»[3].

وإضافة إلى ذلك:

فإن الحديث سمعه يوسف بن ماهك من حكيم مباشرة كما ورد في

---

(١) المرجع السابق (٤/ ٣٢ ـ ٣٣).

(٢) المرجع السابق (٤/٣٣).

(٣) تهذيب التهذيب، ط دار صادر بيروت (٥/ ٣٢٢).

بعض روايات الحديث[1].

ولذلك تظل هذه الرواية لا تقل عن درجة الحسن كما صرَّح بذلك البيهقي[2].

هذا ما يخص هذه الرواية، أما معناها فهو صحيح[3].

حيث رواه البخاري ومسلم وغيرهما عن ابن عمر بلفظ «من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه».

ورواه مسلم عن أبي هريرة بلفظ «وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع الطعام حتى يستوفى».

كما رواه مسلم وغيره عن جابر بلفظ: «**إذا ابتعت طعاماً فلا تبعه حتى تستوفيه**».

الخلاصة:

أن حديث «**لا تبع ما ليس عندك**» حديث صحيح حكم بصحته كبار النقاد من علماء الجرح والتعديل.

معنى الحديث

يدور هذا الحديث بمتونه الثلاثة ـ أي: ما عدا الرَّابع ـ حول النهي عن بيع ما ليس عند الإنسان، ونحن ننقل قول الشراح، ثمَّ نرجح ما نراه راجحاً.

يقول الخطابي في شرح هذا الحديث: «لا تبع ما ليس عندك»:

---

(١) نصب الراية (٧/ ٦٢).

(٢) السنن الكبرى (٥/ ٣١٣)، ونصب الراية (٤٤/ ٣٢ ـ ٣٣).

(٣) صحيح البخاري ـ مع الفتح ـ كتاب البيوع، باب بيع الطعام قبل أن يقبض (٤/ ٣٤٩ ـ ٣٥٠)، ومسلم ـ البيوع (٣/ ١١٥٩) الحديث (١٥٢٥، ١٥٢٦، ١٥٢٧، ١٥٢٨، ١٥٢٩)، ومسند أحمد (١/ ٥٦، ٢٧٠، ٢/ ٢٢، ٦٤، ٣/ ٣٩٢)، وأبو داود الحديث (٣٤٩٢)، وغيرهم.

«يريد بيع العين دون بيع الصفة، ألا ترى أنه أجاز السلم إلى الأجل، وهو بيع ما ليس عند البائع في الحال، وإنما نهى عن بيع ما ليس عند البائع من قبل الغرر، وذلك مثل: أن يبيعه عبده الآبق، أو جمله الشارد، ويدخل في ذلك كل شيء ليس بمضمون عليه مثل أن يشتري سلعة فيبيعها قبل أن يقبضها، ويدخل في ذلك بيع الرجل مال غيره موقوفاً على إجازة المالك؛ لأنه يبيع ما ليس عنده، ولا في ملكه، وهو غرر؛ لأنه لا يدري هل يجيزه صاحبه أم لا؟ والله أعلم»(١).

ويقول ابن القيم:

«وأما قوله ﷺ: «**لا تبع ما ليس عندك**»: فمطابق لنهيه ﷺ عن بيع الغرر، لأنه إذا باع ما ليس عنده فليس هو على ثقة من حصوله، بل قد يحصل له وقد لا يحصل، فيكون غرراً كبيع الآبق والشارد والطير في الهواء، وما تحمل ناقته، ونحوه...»(٢).

ويقول ابن حزم:

«إنما هو نهي عن بيع ما ليس في ملكك ـ كما في الخبر نصًّا ـ وإلا فكل ما يملكه المرء فهو عنده ولو أنه بالهند، يقول: عندي ضيعة سرى، وعندي فرس ساره، وسواء عندنا كان مغصوباً أو لم يكن هو عند صاحبه، أو في ملكه، وله»(٣).

ونرى ابن حزم هنا فسّر العندية هنا بالملكية، وليس بالعندية الظاهرة التي يراد بها أن يكون الشيء بجوار صاحبه، فهذا غير مراد من الحديث أصلاً، وفسر ابن القيم العندية في الحديث بعندية الحكم والتمكين فقال:

---

(١) معالم السنن للخطابي، المطبوع مع سنن أبي داود، نشر وتوزيع محمد علي السيد، ط ١٣٩١هـ (٣/ ٧٦٩).

(٢) شرح سنن أبي داود للحافظ ابن قيم الجوزية، المطبوع مع عون المعبود (٩/ ٤١١).

(٣) المحلى (٩/ ٥٩٥).

«والعندية هنا ليست عندية الحس والمشاهدة، فإنه يجوز أن يبيعه ما ليس تحت يده ومشاهدته، وإنما هي عندية الحكم والتمكين»[1].

وذكر الصنعاني أن حديث «ولا تبع ما ليس عندك» قد فسره حديث حكيم أنه قال: قلت يا رسول الله يأتيني... إلخ فدل على أنه لا يحل بيع الشيء قبل أن يملكه[2]؛ حيث يدل على أن المقصود من سؤاله هو أن حكيم بن حزام قد يُطلب منه شيء لا يملكه، لكنه موجود في السوق، فأراد أن يبيعه بعينه، ثمَّ يذهب إلى السوق فيشتريه، ويسلمه للبائع، فهذا بلا شك قائم على الغرر واحتمال الوجود وخطر عدم الحصول.

يقول ابن القيم:

فاتفق لفظ الحديثين ـ أي: حديث حكيم، وحديث ابن عمرو ـ على نهيه ﷺ عن بيع ما ليس عنده، فهذا هو المحفوظ من لفظه ﷺ وهو يتضمن نوعاً من الغرر، فإنه إذا باعه شيئاً معيناً، وليس في ملكه، ثمَّ مضى ليشتريه، أو يسلمه له، كان متردداً بين الحصول وعدمه، فكان غرراً يشبه القمار، فنهى عنه»[3].

ويقول المباركفوري في شرح هذا الحديث حيث قال:

«أي: لا تبع شيئاً ليس في ملكك حال العقد، في شرح السُّنَّة: هذا في بيوع الأعيان دون بيوع الصفات، فلذا قيل: السلم في شيء موصوف عام الوجود عند المحل المشروط يجوز، وإن لم يكن في ملكه حال العقد، وفي معنى ما ليس عنده في الفساد بيع العبد الآبق وبيع المبيع قبل القبض...»[4].

وجاء في حاشية السندي في شرح هذا الحديث:

---

(١) شرح ابن القيم على سنن أبي داود (٩/ ٤١٢).

(٢) سبل السَّلام، ط دار الجيل بلبنان (٣/ ٨١٠).

(٣) زاد المعاد، ط الرسالة، تحقيق: الشيخ شعيب أرناؤوط (٥/ ٨٠٨).

(٤) تحفة الأحوذي شرح جامع الترمذي (٤/ ٤٣٠)، ومثله ورد في عون المعبود شرح سنن أبي داود (٩/ ٤١٠).

«قيل: هو كبيع الآبق ومال الغير، والبيع قبل القبض، والجمهور على جواز بيع مال الغير موقوفاً، وهو مقتضى بعض الأحاديث، ومنعه الشافعي لظاهر هذا الحديث، قال الخطابي: «يريد العين دون بيع الصفة، يعني: أن المراد بيع العين دون الدين كما في السلم، فإن مدارهُ على الصفة، وهذا جائز فيما ليس عند الإنسان بالإجماع...»، ثمَّ قال السندي في شرح قول النبي ﷺ: «**ليس على رجل بيع فيما لا يملك**»؛ أي: لو باع ملك الغير لا يلزم عليه ذلك البيع حتى يطلب تسليم المبيع...»[١].

ويظهر من ذلك: أن معنى الحديث: النهي عن بيع شيء معين بذاته لا يملكه الإنسان، ويكون الحصول على غرر واحتمال، كما أوضح ذلك سؤال الراوي نفسه.

قال العلامة ابن القيم:

«وأما قول النبي ﷺ لحكيم بن حزام... فيحمل على معنيين:

أحدهما: أن يبيع عيناً معينة، وهي ليست عنده، بل ملك للغير فيبيعها، ثمَّ يسعى في تحصيلها وتسليمها إلى المشتري.

والثَّاني: أن يريد بيع ما لا يقدر على تسليمه وإن كان في الذمة، وهذا أشبه، فليس عنده حسًّا ولا معنى، فيكون قد باعه شيئاً لا يدري هل يحصل له أم لا»[٢].

ومعنى الحديث الرَّابع:

هو النهي عن بيع الطعام حتى يشتريه، ويستوفيه بالكيل، بأن يكيله البائع له[٣].

---

(١) حاشية السندي المطبوعة بهامش سنن النسائي، ط دار البشائر الإسلامية (٧/ ٢٨٩).
(٢) إعلام الموقعين (٢/ ١٩).
(٣) فتح الباري، ط السلفية (٤/ ٣٥٠).

المعنى المختار للحديث:

١ ـ بالنسبة إلى المتون الثلاثة الأولى:

الذي يظهر لنا رجحانه هو أن هذا الحديث وارد في البيع فقط، وليس في السلم ولا في غيره من العقود، لأن كل عقد له معناه الخاص ومدلوله الخاص ومقتضاه الخاص، وتكييفه الخاص، فلا ينبغي الخلط بين عقد وآخر، بأن نعمم لفظ البيع ليشمل السلم، وهذا حتى لو كان له أصل لغوي، فإن العرف قد استقر على مدلول كل عقد، وجاء الشرع فأقر هذه العقود بمعانيها المفهومة عرفاً ووضع لها ضوابطها الشرعية، فالسلم له أركانه وشروطه الخاصة كما أن للبيع شروطه وأركانه الخاصة، فلا ينبغي أبداً الخلط بين عقد وآخر، فالمراد بالبيع عرفاً وشرعاً هو: ما كان المراد منه مبادلة مال معين بثمن معين عيناً كان أم نقداً، فالمعقود عليه مُعَين بذاته، وأما السلم: فهو مبادلة رأس مال بعين موصوفة في الذمة يحدد لها زمن معلوم، وأنه يشترط فيه تسليم رأس المال في المجلس عند الجمهور، أو خلال ثلاثة أيام عند المالكية[1] في حين أن تسليم الثمن في البيع ليس بشرط بل يجوز تأجيله[2].

وإذا أوضحنا مناط الحديث ومداره، ومقصوده بالبيع زال كثير من الخلط الذي وقع لبعض الفقهاء والتكلف الذي تحملوه في إدخال السلم في الحديث، ثمَّ إخراجه بالإستحسان أو بنصوص أخرى، بينما لو وقفنا عند مدلول «لا تبع» عرفاً وشرعاً لم نحتج إلى أي تكلف كما لا يخفى.

هذا **أوَّلاً**، وأمَّا **ثانياً**: فإن جميع نصوص الحديث تدور حول النهي عن بيع ما ليس عند الإنسان ـ سواء بصيغة: «لا تبع»، أو بصيغة «نهاني» ـ.

---

(١) يراجع: حاشية ابن عابدين (٤/ ٢٠٨)، وشرح الخرشي (٥/ ٢٠٣)، وبلغة السالك (٢/ ٥٣٨)، والغاية القصوى (١/ ٤٩٧)، والمغني لابن قدامة (٤/ ٣٢٨).

(٢) يراجع: الإجماع لابن المنذر، ط قطر (ص٩٣).

وهذه الجملة لها معنيان في ظاهرها:

أحدهما: لا تبع شيئاً لم يكن حاضراً عندك حضوراً محسوساً. وهذا المعنى غير مراد أبداً؛ لأن الأدلة الشرعية طافحة بجواز بيع الإنسان ماله الذي لم يكن حاضراً في مجلسه، أو في بيته، أو مدينته.

إضافة إلى أن سياق الحديث وما بَيَّنَه الصحابي راوي الحديث من الظروف والملابسات المحيطة به ليدلان بوضوح على أن السؤال ليس في مال غائب عنه وإنما هو في شيء معين لا يملكه وهو يريد أن يبيعه بذاته مع احتمال الغرر، حيث يقول حكيم: «يأتيني الرجل فيريد مني البيع ليس عندي، فأبتاعه له من السوق...» فالسؤال واضح في أنه يريد أن يبيع شيئاً معيناً لآخر وهو لا يملكه، لكنه يذهب بعد تعاقده مع الأوَّل يذهب إلى السوق فيشتريه، ثمَّ يسلمه إليه، وهذا المدلول في السؤال معاد في الجواب ـ كما صرح بذلك أهل اللغة ـ وفي بعض الروايات: «يسألني البيع ليس عندي، أبيعه منه، ثمَّ أتكلفه له من السوق».

وإذا كان هذا المعنى الأوَّل غير مراد البتة، فلم يبق إلَّا المعنى الثَّاني وهو أن المراد به: لا تبع عيناً (أي: شيئاً معيناً بذاته) ما دمت لا تملكه وأنت على غرر منه.

وهذا ما أشار إليه الإمام الخطابي(١)، ونص عليه ابن القيم(٢)، وابن حزم الظاهري(٣) ـ كما سبق ـ.

وعلى ضوء ذلك:

فالعندية هنا هي عندية الملك والتمكين، وليست عندية المشاهدة، ولذلك لو كان المال عنده حاضراً لكنه كان أمانة عنده، أو مستأجراً عنده

---

(١) معالم السنن للخطابي بهامش سنن أبي داود (٣/ ٧٦٩).

(٢) شرح سنن أبي داود للحافظ ابن القيم (٩/ ٤١١) بهامش عون المعبود.

(٣) المحلى (٩/ ٥٩٥).

أو معاراً لما جاز بيعه لآخر، ولما لزم بالاتفاق[1].

وعلى عكس ذلك لو كان ماله غائباً وليس عنده أثناء العقد جاز بالإجماع إذا توفرت الأركان والشروط المطلوبة في البيع، يقول ابن القيم: «والعندية هنا ليست عندية الحس والمشاهدة، فإنه يجوز أن يبيعه ما ليس تحت يده ومشاهده، وإنما هي عندية الحكم والتمكين»[2]، ويقول ابن حزم: «فكل ما يملكه المرء فهو عنده ولو أنه بالهند»[3].

وقد ذكر ابن القيم أن حديث حكيم وابن عمرو يتناول حالة شيء لا يُدرى حصوله من عدم حصوله، ويكون المشتري منه على خطر، ولا ثقة لبائعه بحصوله، وأن ذلك يعود إلى الغرر، وليس في كونه معدوماً، وذلك لأن البائع إذا باع ما ليس في ملكه، ولا قدرة على تسليمه ـ بل يذهب ليشتريه، ثمَّ يسلمه إلى المشتري ـ كان ذلك شبيهاً بالقمار، والمخاطرة من غير حاجة إلى هذا العقد، ولا تتوقف مصلحتها عليه، فالحديث في الأعيان، وليس في الأشياء الموصوفة في الذمة ـ وفي الأمور الموصوفة في الذمة التي لا يقدر بائعها على تسليمها حسب العرف والعادة، وهو يتفق في الغاية والهدف مع الغرر[4].

والخلاصة:

أن معنى الحديث ينحصر في النهي عن بيع شيء معين بذاته لا يملكه، ولا له قدرة على تحقيقه، بل يكون العاقد على غرر الحصول منه.

---

(١) يراجع: رسالتنا: مبدأ الرضا في العقود (١/ ١٥٠)، وما بعدها، ط البشائر الإسلامية ـ بيروت.

(٢) شرح ابن القيم على سنن أبي داود (٩/ ٤١٢).

(٣) المحلى (٩/ ٥٩٥).

(٤) زاد المعاد (٥/ ٨١٠ ـ ٨١٢).

ومن هنا فالحديث لا يتناول السلم؛ لأنه بيع شيء موصوف في الذمة ـ نعم إذا كان السلم في شيء لا يقدر على تسليمه، أو أنه لا يدري هل يحصل أم لا فهذا داخل في الحكم قياساً على بيع ما ليس عندك ـ كما هو الراجح عندنا ـ أو أنه داخل في الحديث إذا عممنا معنى «لا تبع» ليشمل السلم باعتباره بيعاً ـ كما ذهب إلى ذلك البعض كما سبق ـ.

وكذلك لا يشمل بيع الغائب الذي يملكه سواء كان بيعاً معيناً أو بيعاً موصوفاً في الذمة ما دام التسليم مقدوراً عليه للمشتري، ولا بيع المغصوب بالنسبة لمن هو قادر على ردِّه، ونحو ذلك مما ليس فيه غرر في الحصول عليه.

فالحديث الشريف يعالج قضية الغرر في باب البيوع، وهي مسألة ظهرت آثارها الخطيرة في عالم البورصة اليوم حيث لا تباع الأعيان بذاتها، ولا الأشياء بمواصفاتها المطلوبة وشروطها ـ كما في السلم ـ وإنما تباع العقود وحدها، أو الوعود والأوهام ـ كما سيأتي ذلك مزيد من التفصيل ـ.

فهذا الحديث سدّ هذا الباب، وأوجب أن يكون للعقد محل معين بذاته، أو وصفه، وأن لا يكون هناك غرر ومقامرة.

٢ ـ بالنسبة إلى المتن الرَّابع:

وأما المتن الرَّابع ـ أي: الخاص بالطعام ـ فهو حديث مستقل خاص بعدم جواز بيع الطعام حتى يشتريه الإنسان ويستوفيه، وهو يدل على تخصيص الطعام بمزيد من التأكيد والرعاية، مع أنه داخل في الأحاديث السابقة الدالة على عدم جواز بيع ما ليس عند الإنسان، التي تعم الطعام وغيره، فجاء هذا الحديث لتأكيد المعنى السابق في الطعام.

وإذا كان هذا الحديث يدل بمفهومه المخالف على أن غير الطعام ليس له هذا الحكم فإن هذا المفهوم غير معتبر لأنه يتعارض مع منطوق الأحاديث

السابقة الدالة على عموم الحكم، إضافة إلى أن مفهوم المخالفة مختلف فيه، وأن الخلاف كبير في مفهوم اللقب كما هو معروف في علم الأصول[1].

وهذا الحديث يدل على زيادة خاصة بالطعام وهي أن الطعام يشترط فيه عند بيعه أن يستوفى بالكيل قبل أن يباع لآخر. وسيأتي لهذا الحديث من التفصيل عند الحديث عن فقهه.

فقه الحديث

يدل هذا الحديث الشريف بألفاظه الثلاثة ورواياته على النهي عن بيع ما ليس لدى الإنسان.

وإذا كانت دلالة الحديث على ذلك واضحة، بل هي قطعية، فإن دلالتها على الفساد أو البطلان محل خلاف، وكذلك الخلاف قائم في المراد ببيع ما ليس لدى الإنسان، هل يشمل بيع المعدوم بعمومه، وبيع مال الغير، وبيع المال الغائب أو نحو ذلك.

ولذلك: نتحدَّث عن هذه الأمور بصورة منفصلة:

أوَّلاً ـ حول دلالة النهي فيه:

ورد الحديث بألفاظه الأربعة ـ كما سبق ـ وهي:

(أ) بلفظ: «**لا تبع ما ليس عندك**» أي: بصيغة النهي.

(ب) بلفظ: «**نهاني أن أبيع ما ليس عندي**» أي: بلفظ النهي.

(ج) بلفظ: «**فلا تبع طعاماً حتى تشتريه وتستوفيه**».

---

(١) يراجع: الإحكام في أصول الأحكام للآمدي، ط محمد علي صبيح ـ القاهرة ـ مصر (٢/ ٢٠٩).

(د) بلفظ: «**لا يحل سلف وبيع... ولا بيع ما ليس عندك**»، أي بلفظ: «لا يحل».

فاللفظ الرَّابع واضح في دلالته على عدم حل ذلك، بينما الألفاظ الثلاثة الأولى في دلالتها على الحرمة محل خلاف، حيث اختلف العلماء في ذلك على أكثر من خمسة عشر رأياً[1]:

فمنهم من قال: إن النهي حقيقة في التحريم[2].

ومنهم من قال: إنه حقيقة في الكراهة[3].

ومنهم من قال: إنه للتهديد[4].

لكن الراجح:

هو أن النهي حقيقة في التحريم، إلَّا إذا دل دليل على غير ذلك، ويتأكد دلالة النهي في حديثنا هذا على التحريم بسبب ورود اللفظ الثَّالث «ولا يحل».

وقد ثار خلاف آخر ــ له أهميته ــ هنا حول: مدى دلالة النهي على الفساد والبطلان أم لا؟ على تفصيل فيه.

فذهب الجمهور من المالكية والشافعية، والحنابلة والظاهرية والإباضية إلى:

أنَّ النهي يقتضي فساد المنهي عنه سواء كان النهي لذات المنهي عنه

---

(١) يراجع في ذلك: الإحكام للآمدي (٢/ ٤٧...)، وشرح الكوكب المنير ط جامعة أم القرى (٢/ ٧٧ ــ ٨٣)، والمحصول، ط جامعة الإمام بالرياض (ج ق ٢/ ٤٦٩)، والمستصفى (١/ ٤١٨)، وجمع الجوامع (١/ ٢٩٢).

(٢) نفس المرجع السابق.

(٣) نفس المرجع السابق.

(٤) نفس المرجع السابق.

كالنهي عن بيع الملاقيح، والنهي عن بيع الميتة، أو لوصف لازم كالنهي عن بيع درهم بدرهمين[1].

وأما النهي عن الشيء لوصف غير ملازم كالنهي عن البيع وقت أذان الجمعة فلا يوجب فساده إلَّا عند الحنابلة، والظاهرية، والإباضية[2].

وذهب الحنفية إلى:

أنَّ النهي ـ عند عدم وجود قرينة دالة على أن النهي لمعنى في ذات المنهي عنه، أو لغيره ـ لا يدل على أن المنهي عنه بذاته غير مشروع، بل ينسحب على معنى لغيره، فيكون الأصل مشروعاً، والفساد في الوصف فقط[3].

فالحنفية اتفقوا مع الجمهور:

في أن النهي لذات الشيء المنهي عنه يدل على بطلانه، واتفقوا معهم ـ ما عدا الحنابلة والظاهرية والإباضية ـ في أن النهي عن شيء لوصف غير لازم لا يدل على الفساد أو البطلان، بينما اختلفوا معهم جميعاً: في أن النهي عن شيء، تدل القرائن على أن النهي عنه لوصف لازم له لا يدل على البطلان، بل على الفساد، حيث إنهم فرقوا بينهما فجعلوا البطلان للشيء

---

(١) يراجع للتفصيل: المستصفى، ط دار صادر ـ لبنان (٢/ ٢٤)، وفواتح الرحموت بهامش المستصفى (١/ ٣٩٦ ـ ٤٠٥)، والتلويح على التوضيح (١/ ٤١٤)، وتيسير التحرير (١/ ٣٧٦)، والبرهان لإمام الحرمين، ط قطر (١/ ٢٨٣)، والمنهاج للبيضاوي مع شرح الإسنوي والبدخشي (١/ ٥٨)، والإبهاج على المنهاج، ط الكليات الأزهرية (٢/ ٦٧)، والمنثور في القواعد للزركشي (٣/ ٧ ـ ٢١)، وشرح الكوكب المنير (٢/ ٨٤)، والإحكام للآمدي (٢/ ٢٤٨)، والمحلى لابن حزم (٩/ ٤١٨)، وشرح النيل لابن أطفيش، ط دار التراث العربي (١/ ٥٠٦).

(٢) المصادر السابقة أنفسها.

(٣) تيسير التحرير (١/ ٣٧٦)، وفتح الغفار ط مصطفى الحلبي (١/ ٧٧).

المنهي عنه لذاته، والفساد للشيء المنهي عنه لوصف لازم. ومن المعلوم أن الباطل لا يترتب عليه أي أثر، بينما الفاسد عندهم يترتب عليه بعد القبض جملة من الآثار العقدية[1].

ولا يسع هذا البحث لإثراء هذا الموضوع، ولكن الذي يظهر رجحانه هو مذهب الجمهور[2].

فعلى ضوء ذلك يكون النهي في الحديث الذي معنا:

من باب النهي عن الشيء لوصف لازم إذا فسر الحديث بالغرر، فيكون المنهي عنه باطلاً وفاسداً عند الجمهور، وفاسداً عند الحنفية.

أما لو فسّر «ما ليس عندك» بالمعدوم الحقيقي عيناً وذمة فيكون النهي لذات الشيء وحينئذ يكون باطلاً بالاتِّفاق.

أما لو فسّر بما هو غائب عن الإنسان كالبعير الشارد وإن كان ملكه، فيكون النهي لوصف غير لازم، فلا يدل على البطلان عند الجمهور ـ كما سبق ـ.

فتحديد المعنى هو الذي يحدد مصير النهي: هل يقتضي فساد المنهي عنه أم لا؛ لأن الحكم على الشيء فرع من تصوره، وتظهر تطبيقاته من خلال الجوانب الفقهية التي نذكرها.

ثانياً ـ الأحكام المستفادة من الحديث:

١ ـ بيع المعدوم.

٢ ـ مدى دخول السلم في هذا الحديث.

٣ ـ بيع الغرر.

---

(١) نفس المرجع السابق.

(٢) يراجع للمزيد من التفصيل وبيان الراجح مع الأدلة: مبدأ الرضا في العقود، دراسة مقارنة، رسالتنا الدكتوراه، ط دار البشائر (١/ ١٥٠)، والمصادر السابقة.

٤ ـ البيع قبل القبض.
٥ ـ بيع مال الغير دون إذنه.
٦ ـ بيع مال مملوك غير قادر على تسليمه.

* ١ ـ بيع المعدوم:

لا شك أن الحديث يفهم منه عدم جواز بيع المعدوم الذي ليس له وجود في الواقع، ولا في الذمة، كبيع الملاقيح ـ وهو ما في بطون الأمهات، والمضامين ـ وهو ما في أصلاب الفحول ـ.

قال الشيرازي: «ولا يجوز بيع المعدوم كالثمرة التي لم تخلق»[1].

وهذا محل اتفاق بين العلماء، قال الإمام ابن المنذر: «وأجمعوا على فساد بيع حبل الحبلة، وما في بطن الناقة... وعلى فساد بيع المضامين والملاقيح...»[2].

فالمعدوم المطلق الذي ليس له وجود أثناء العقد، لا يجوز بيعه بالإجماع، لكنه لو ارتبط بالعقد بمعدوم موصوف في الذمة ـ كالسلم ـ فإنه في الواقع ليس معدوماً في جميع الوجوه، وإنما هو موجود في الذمة بالوصف والتقدير ـ كما سيأتي ـ فلا يدخل فيه إذن عقد السلم، ولا عقد الاستصناع.

---

(١) المهذب، ومعه المجموع ط المنيرية بالقاهرة (٩/ ٢٥٧).
(٢) الإجماع لابن المنذر، تحقيق د. فؤاد عبد المنعم، ط قطر (ص٩٠)، والإشراف (مخطوطة)، ج٢، ورقة (١٠٨ب). ويقول ابن تيمية في مجموع الفتاوى (٣/ ٢٣٧): «وكل ما نهى عنه النبي ﷺ من بيع المعدومات، مثل نهيه عن بيع الملاقيح والمضامين، وحبل الحبلة، وهي بيع ما في أصلاب الفحول وأرحام الإناث، ونتاج النتاج ـ. وأمثال ذلك، إنما هو أن يشتري المشتري تلك الأعيان التي لم تخلق بعد... وهذا الذي كان أهل الجاهلية يفعلونه».

التحقيق:

والتحقيق هنا في أمرين:

الأمر الأوَّل: في علاقة الحديث بالمعدوم:

حيث ربط بينهما بعض الفقهاء ـ كما سبق ـ حتى ذكروا في المعدوم حديثاً، وهو أن النبي ﷺ نهى عن بيع المعدوم(١).

قال العلامة ابن القيم: «وهذا الحديث لا يعرف في شيء من كتب الحديث، ولا أصل له، والظاهر أنه مَروي، بالمعنى من هذا الحديث ـ أي: حديث حكيم ـ وغلط من ظن أن معناهما واحد؛ لأن هذا المنهي عنه في حديث حكيم وابن عمرو رضي الله عنهم لا يلزم أن يكون معدوماً، وإن كان فهو معدوم خاص كبيع حبل الحبلة، وهو معدوم يتضمن غرراً وتردداً في حصوله»(٢).

فهذا الحديث ـ في الواقع ـ سرد في جواب سائل يسأل عن حالة معينة، وهي أنه يبيع شيئاً قبل أن يتملكه، فيعقد العقد مع آخر على شيء معين، ثمَّ يذهب إلى السوق فيشتريه وهذا هو عين الغرر، حيث قد يحصل عليه، وقد لا يحصل عليه، كما سبق.

الأمر الثَّاني: معنى المعدوم وأنواعه:

لو تتبعنا ما قاله الفقهاء في المعدوم، وما ذُكر له من أحكام نصل إلى أن المعدوم أربعة أنواع:

النَّوع الأوَّل: المعدوم الذي لا يمكن حصوله أبداً فهذا لا يجوز بيعه أبداً، ولا إجراء العقود عليه ما دام معدوماً مطلقاً لا يمكن الحصول عليه عقلاً أو عرفاً.

---

(١) زاد المعاد (٥/ ٨٠٨).

(٢) المرجع السابق نفسه.

النَّوع الثَّاني: معدومٌ وقتَ البيع، لكنه يمكن وجوده فيما بعد، مثل بيع حمل ما تحمل ناقته، أو بقرته، أو نحو ذلك، وهذا ما سماه الرسول ﷺ بحبل الحبلة[1]، وهو نتاج النتاج على التفسير الراجح.

فهذا المعدوم لا يجوز وقوع العقد على ذاته المعينة، أما السَّلَمُ فيه فيجوز لأنه واقع على الموصوف في الذمة المضمون، حيث يتعهد بأن يأتي بشيء موصوف بكذا وكذا وليس معيناً وإنما وجوده في الذمة، وما هو موجود في الذمة كما هو موجود حقيقة.

يقول ابن القيم: «وهذا الذي منع الشارع بيعه: هو الذي يكون المشتري منه على خطر، ولا ثقة لبائعه بحصوله، لا لكونه معدوماً، بل لكونه غرراً»[2].

النَّوع الثَّالث: معدوم تابع للموجود مثل الثمار التي لم يبدُ صلاحها فلا خلاف في صحة العقد الوارد على الشجرة التي تتبعها الثمرة الموجودة والتي توجد، وذلك لأنها تبع للموجود، والقاعدة الفقهية تنص على أنه «يغتفر في التابع ما لا يغتفر في المتبوع، وأنه يغتفر في الشيء ضمناً ما لا يغتفر فيه قصداً»[3].

وكذلك اتفق الفقهاء على جواز بيع الثمار بعد بدو صلاح ثمرة واحدة منها، قال ابن القيم: «فاتفق الناس على جوازِ بيع ذلك الصنف الذي بدا صلاح واحدة منها، وإن كانت بقية أجزاء الثمار معدومة وقت العقد، ولكن جاز بيعها تبعاً للموجود، وقد يكون المعدوم متصلاً بالموجود، وقد يكون أعياناً أُخر منفصلة عن الوجود لم تخلق بعد»[4].

---

(١) صحيح البخاري ـ مع الفتح ـ (٤/٣٥٦)، ومسلم بيوع (٣/١١٥٣).
(٢) شرح سنن أبي داود (٩/٤١١) المطبوع مع عون المعبود.
(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ط عيسى الحلبي ـ القاهرة (ص١٣٣)، والأشباه والنظائر لابن نجيم، الحلبي (ص١٢١١ ـ ١٢٢).
(٤) زاد المعاد (٥/٨٠٨).

ولكنهم اختلفوا في بيع ثمار القثاء والبطيخ إذا طابت بعضها:

ـ حيث ذهب مالك وأهل المدينة وأحمد في رواية: إلى جواز بيعها جملة، ومفرداً، وهذا اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية، وابن القيم[١].

ـ وذهب الآخرون: إلى عدم جواز ذلك إلَّا لُقْطَةً لقطةً، أو أن يقع العقد على أصلها معها[٢].

وهذا الخلاف يعود إلى فهم هذا الحديث الذي معنا:

ـ حيث فهم منه الفريق الثَّاني: الدلالة على عدم جواز ذلك؛ لأنه بيع المعدوم، أو غرر.

ـ أما الفريق الثَّاني: فقد نظر إلى عدم دخوله فيه؛ لأن عدم البعض تبع لموجود ثابت، كما أنه لا غرر فيه. وهذا هو الراجح، قال ابن القيم: «لأن بدو الصلاح في المقاثي بمنزلة بدو الثمار، وأن تلاحق أجزائها كتلاحق أجزاء الثمار، وجعل ما يخلق منها تبعاً لما خلق في الصورتين واحد، فالتفريق بينهما تفريق بين متماثلين»[٣].

إضافة لما في القول الثَّاني من التعسير على الناس، بل يؤدي إلى النزاع والاختلاف الشديد؛ لأن المشتري قد يريد الصغار والكبار، والبائع لا يعطيه إلَّا الكبار، فيحدث النزاع، بينما لو بيع المجموع في صفقة واحدة لما أدى إلى ذلك[٤].

---

(١) يراجع: شرح الخرشي (٥/ ٢٤)، والمغني لابن قدامة (٤/ ٩٣ ـ ١٠٣)، وزاد المعاد (٥/ ٨٠٨ ـ ٨٠٩)، ومجموع الفتاوى لابن تيمية (٢٠/ ٥٤٧).

(٢) يراجع: فتح القدير (٦/ ٢٨٦)، والمجموع (٩/ ٢٨٨)، والمغني لابن قدامة (٤/ ٩٣ ـ ١٠٣)، ومجموع الفتاوى لابن تيمية (٢٠/ ٥٤٧).

(٣) زاد المعاد (٥/ ٨٠٩).

(٤) مجموع الفتاوى (٢٠/ ٥٤٢ ـ ٥٤٦).

النَّوع الرَّابع: المعدوم الموصوف في الذمة الذي سيتحقق، فهذا يجوز السلم فيه بالاتِّفاق على تفصيل بينهم[١].

والخلاصة:

أن الحديث لا يتناول المعدوم لأنه معدوم، بل إنما يشمله إذا كان فيه غرر.

يقول شيخ الإسلام ابن تيمية: «لا نسلم صحة هذه المقدمة (أي: عدم جواز بيع المعدوم) فليس في كتاب الله، ولا سنَّة رسوله، بل ولا عن أحد من الصحابة أن بيع المعدوم لا يجوز، لا لفظ عام، ولا معنى عام، وإنما فيه النهي عن بيع بعض الأشياء التي هي معدومة كما فيه النهي عن بيع بعض الأشياء التي هي موجودة، وليست العلة في المنع لا الوجود، ولا العدم، بل الذي ثبت في الصحيح عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيع الغرر، والغرر ما لا يقدر على تسليمه سواء كان موجوداً أو معدوماً كالعبد الآبق، والبعير الشارد ونحو ذلك مما قد لا يقدر على تسليمه.. هو غرر لا يجوز بيعه وإن كان موجوداً، فإن موجب البيع تسليم المبيع، والبائع عاجز عنه، والمشتري إنما يشتريه مخاطرة ومقامرة... وهكذا المعدوم الذي هو غرر، نهي عن بيعه لكونه غرراً لا لكونه معدوماً، كما إذا ما يحمل هذا الحيوان، أو ما يحمل هذا البستان، فقد يحمل وقد لا يحمل، وإذا حمل فالمحمول لا يعرف قدره ولا وصفه فهذا من القمار...»

ثمَّ أثبت ابن تيمية أن الشرع قد صحح بيع المعدوم في بعض المواضع: «فإنه ثبت عنه من غير وجه أنه نهى عن بيع الثمر حتى يبدو صلاحه، ونهى عن بيع الحب حتى يشتد، وهذا من أصح الحديث، وهو في الصحيح عن غير واحد من الصحابة، فقد فرق بين ظهور الصلاح وعدم ظهوره، فأحل أحدهما وحرَّم الآخر، ومعلوم أنه قبل ظهور الصلاح لو اشتراه بشرط القطع... جاز بالاتفاق، وإنما نهي عنه إذا بيع على أنه باقٍ فيدل ذلك على

---

(١) الإجماع للإمام ابن المنذر، ط قطر (ص٣).

أنه جَوَّزَهُ بعد ظهور الصلاح أن يبيعه على البقاء إلى كمال الصلاح . . . ويدخل في هذا ما هو معدوم لم يخلق . . . »[1] .

* ٢ ـ مدى دخول السَّلَم في هذا الحديث :

فهم جماعة من الفقهاء (منهم الحنفية) : أن هذا الحديث يدل على عدم جواز بيع المعدوم، ومن ثمة قالوا : «إن مشروعية السَّلَم ـ وهو بيع المعدوم ـ جاءت استثناء، حيث سمُّوه بالاستحسان بناءً على أن القاعدة العامة : هي عدم جواز بيع المعدوم استناداً على الأحاديث الواردة فيه، ويقول المرغيناني : والقياس يأباه ـ أي : السلم ـ ولكنا تركناه بما روِّيناه، ووجه القياس أنه بيع المعدوم، إذ المبيع ـ هو المسلم فيه ـ»[2] .

ولكن التحقيق يبين :

أن هذا الحديث الشريف إنما هو في بيع ما لا يملكه الإنسان، كما أنه في بيع شيء معين، أو بعبارة أخرى أن الحديث في بيان حكم بيع ما ليس عنده ـ أي : لا يملكه ـ وليس في بيان حكم السلم، فكل عقد ـ في نظري ـ له تكييفه الخاص به وأحكامه وآثاره الخاصة، فلا ينبغي أن نحمل أحكاماً خاصة بالبيع على السلم أو بالبيع .

وهذا هو السبب وراء ما وقع فيه الحنفية؛ حيث اعتبروا السلم أيضاً بيعاً، يقول ابن الهمام : «تقدم أن البيع ينقسم إلى بيع مطلق، ومقايضة، وصرف، وسلم»[3] .

---

(١) مجموع الفتاوى (٢٠/ ٥٤٢) .

(٢) فتح القدير (٧/ ٦٩)، والخرشي (٥/ ٢٠٢)، والغاية القصوى (١/ ٤٩٣)، والمغني لابن قدامة (٤/ ٣٠٤)، ويراجع : مجموع الفتاوى (٢٠/ ٥٣٨ ـ ٥٣٩)، وزاد المعاد (٥/ ٨٠٩)، والهداية ـ مع شرح فتح القدير، ط مصطفى الحلبي، القاهرة (٧/ ٧١)، وفتح القدير (٧/ ٦٩ ـ ٧٠) .

(٣) فتح القدير (٧/ ٦٩ ـ ٧٠) .

ثمَّ بيَّن وجه هذا التقسيم وسبب دخول الجميع في البيع قائلاً: «لأن البيع إما بيع عين بثمن وهو المطلق، أو قلبه وهو السلم، أو ثمن بثمن فالصرف، أو عين بعين فالمقايضة»[1]، ثمَّ لما شعر بورود اعتراض عليه من حيث تخصيص اسم السَّلَم قال: «وخص باسم السَّلَم لتحقيق إيجاب التسليم شرعاً فيما صدق عليه، أعني تسليم رأس المال»[2].

ولما جاء اعتراض آخر عليه مفاده: أن قوله هذا يدل على أن الأولى أن يسمى الصرف بالسلم لوجوب تسليم البدلين في المجلس، فرد عليه ابن همام رداً غير مقنع[3].

وقصدي من هذا العرض بيان ضعف مسلك من يدخل السَّلَم في البيع، ثمَّ يجعل جواز السَّلَم استثناء من هذا الحديث الذي نحن بصدده، مع أن التحقيق: هو أن السَّلَم ليس بيعاً بمعناه الاصطلاحي، ولا المعقود عليه فيه معدوماً، وإنما هو موصوف في الذمة، وما هو موجود في الذمة ليس معدوماً، كما أن هذا الحديث ليس فيه دلالة على منع بيع المعدوم ـ كما أوضحنا في معنى الحديث ـ.

وقد أفاض العلامة ابن القيم في هذه المسألة فقال: «وأما السلم فمن ظن أنه على خلاف القياس توهم دخوله تحت قول النبي ﷺ: «**لا تبع ما ليس عندك**» فإنه بيع معدوم، والقياس يمنع منه»[4].

ثمَّ قال: «والصواب أنه على وفق القياس، فإنه بيع مضمون في الذمة موصوف مقدور على تسليمه غالباً، وهو المعاوضة على المنافع في الإجارة... وقياس السَّلَم على بيع العين المعدومة ـ التي لا يُدرى: أيقدر

---

(١) فتح القدير (٧/ ٦٩).
(٢) المصدر السابق نفسه.
(٣) المصدر السابق نفسه.
(٤) إعلام الموقعين، ط عبد السَّلام شقرون بالقاهرة (٢/ ١٩).

على تحصيلها أم لا؟ والبائع والمشتري منها على غرر ـ من أفسد القياس صورة ومعنى، وقد فطر الله العقلاء على الفرق بين بيع الإنسان ما لا يملكه ولا هو مقدور له، وبين السَّلَم في مُغلٍّ مضمون في نصِّه مقدور في العادة على تسليمه، فالجمع بينهما كالجمع بين الميتة والمذكَّى، والربا والبيع»[1]، وقد سبقه إلى ذلك شيخه ابن تيمية.

والخلاصة:

أن بيع ما ليس عندك لا يشمل السَّلَم المؤجل، أو الحال لسببين:

السبب الأوَّل: أن الحديث وارد في البيع، وهو له مفهومه الخاص حيث يقع على الأعيان فقط، ولذلك يسمى العقد الوارد على المنافع إجارة أو إعارة أو نحوهما، فالسَّلَم له مدلوله الخاص لا يدخل في البيع؛ لأنه عقد وارد على شيء موصوف في الذمة ـ كما سبق ـ فالسلم عقد خاص، وأنه أقرب إلى كونه ديناً من الدُّيون، ولذلك أدخله ابن عباس في آية الدين[2].

السبب الثَّاني: أن السَّلَم ليس عقداً وارداً على المعدوم، بل هو وارد على موجود موصوف في الذمة مضمون ثابت فيها مقدور على تسليمه عند مَحِلِّه، ولا غرر فيه، ولا خطر[3].

يقول ابن القيم:

«أظهر الأقوال: أن الحديث لم يرد به النهي عن السَّلَم المؤجل، ولا الحال مطلقاً»[4].

وإنما المراد بالحديث: النهي عن بيع السلع المعينة التي هي مال

---

(١) مجموع الفتاوى (٢٠/٥٢٨ ـ ٥٢٩).
(٢) مجموع الفتاوى (٢٠/٥٢٩).
(٣) زاد المعاد (٥/٨١١).
(٤) زاد المعاد (٥/٨١٢).

للغير، ويكون معناه: لا تبع ما ليس عندك من الأعيان، وكذلك يدخل فيه بيع ما في الذمة مما ليس هو مملوكاً له، ولا يقدر على تسليمه، فعلى ضوء ذلك: لا يدخل السَّلَم حالًّا أو مؤجلاً في هذا الحديث ما دام التسليم مقدوراً عليه في وقت حسب العرف.

ثمَّ إن جعل النهي عن «بيع المعدوم» هو الأصل، وجواز السلم استثناء منطق يثير كثيراً من النقاش، والجدال حول المعيار الذي جعل ذلك أصلاً، وذاك استثناءً، بل المفروض العكس، وذلك لأن حديث النهي عن بيع المعدوم بهذا اللفظ غير ثابت قطعاً، ودلالة حديث حكيم عليه محل نقاش ـ كما رأينا ـ بينما حديث السَّلَم صحيح متفق عليه ودلالته على صحة السَّلَم قطعية.

فإذا كانت المعيارية للأصل هي وجود النص الشرعي فكان المفروض عكس ما يقولون، وإذا كان المراد أن ذلك الأصل باعتبار القاعدة العامة فكيف تثبت هذه العمومية مع أن أحد أفرادها قد ثبت له حكم آخر بحديث صحيح، مع أن التخصيص والاستثناء في النصوص الشرعية لا بدَّ أن يكونا من الكتاب والسُّنَّة؟.

*** ٣ ـ بيع الغرر (أي كل ما لا يعلم عاقبته):**

يقول العلامة الشيرازي: «والغرر ما انطوى عنه أمره، وخفي عليه عاقبته»[١].

فالغرر يدخل فيه المعدوم عيناً ووصفاً، وذلك لأن المعدوم «قد انطوى عنه أمره، وخفي عليه عاقبته»[٢]، وكذلك يدخل فيه المجهول جهالة فاحشة، وكل ما هو قائم على احتمال الوجود والعدم، أو احتمال الحصول عليه وعدمه، أو احتمال ربح كثير وعدمه.

---

(١) المهذب مع المجموع (٩/ ٢٥٧).

(٢) نفس المرجع السابق.

ويقول العلامة ابن القيم:

«وأما بيع الغرر، فمن إضافة المصدر إلى مفعوله كبيع الملاقيح والمضامين. والغرر: هو المبيع نفسه، وهو فعل بمعنى مفعول؛ أي: مغرور به.

وهذا كبيع العبد الآبق الذي لا يقدر على تسليمه، والفرس الشارد، والطير في الهواء.. ونحو ذلك مما لا يعلم حصوله أو لا يقدر على تسليمه، أو لا يعرف حقيقته ومقداره، ومنه بيع حَبَل الحَبَلَة.

ومنه بيع الملامسة والمنابذة وقد جاء تفسيرهما في نفس الحديث، ففي صحيح مسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه: «نهى عن بيعتين: الملامسة والمنابذة، أما الملامسة فأن يلمس كل واحد منهما ثوب صاحبه بغير تأمل، والمنابذة: أن ينبذ كل واحد منهما ثوبه إلى الآخر ولم ينظر واحد منهما إلى ثوب صاحبه»، هذا لفظ مسلم.

وليس من بيع الغرر بيع المغيبات في الأرض كاللفت والجزر والفجل والقلقاس والبصل ونحوها، فإنها معلومة بالعادة يعرفها أهل الخبرة بها، وظاهرها عنوان باطنها فهو كظاهر الصبرة مع باطنها، ولو قدر أن في ذلك غرراً فهو غرر يسير يغتفر في جنب المصلحة العامة التي لا بد للناس منها، فإن ذلك غرر لا يكون موجباً للمنع»[1].

ومرجع ذلك يعود ـ بالإضافة إلى حديث حكيم ـ إلى حديث صحيح آخر وهو ما رواه مسلم، وأصحاب السنن وغيرهم بسندهم عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: «إن النبي ﷺ نهى عن بيع الغرر»[2].

---

(١) زاد المعاد في هدي خير العباد لابن قيم الجوزية. ط مؤسسة الرسالة ـ بيروت ـ لبنان ـ ومكتبة المنار الإسلامية ـ الكويت (٥/ ٨١٨ ـ ٨٢٠).

(٢) صحيح مسلم (٤/ ١١٥٤)، وسنن أبي داود (٢/ ٢٢٨) الحديث ٢٥٠٣، والنسائي (٢/ ٢١٧)، والترمذي ـ مع التحفة ـ (٤/ ٤٢٤) الحديث ١٢٤٨، وابن ماجه الحديث (٢/ ٧٣٩)، والبيهقي (٥/ ٢٦٧)، ومسند أحمد (٣/ ٤٠١، ٤٠٣).

قال النووي:

«النهي عن بيع الغرر أصل عظيم من أصول كتاب البيوع، وتدخل فيه مسائل كثيرة غير منحصرة كبيع الآبق، والمعدوم، والمجهول، وما لا يقدر على تسليمه، وما لم يتم ملك البائع عليه، وبيع السمك في الماء الكثير، واللبن في الضرع»[1].

وقال أيضاً:

«الأصل أن بيع الغرر باطل. . . والمراد ما كان فيه غرر ظاهر يمكن الاحتراز عنه، أما ما تدعو إليه الحاجة، ولا يمكن الاحتراز عنه كأساس الدار، وشراء الحامل مع احتمال أن الحمل واحد أو أكثر. . . وذكر أو أنثى، كامل الأعضاء، أو ناقصها. . . فهذا يصح بيعه بالإجماع، ونقل العلماء الإجماع أيضاً في أشياء غررها حقير. . . ، وقد يختلف العلماء في بعض المسائل كبيع العين الغائبة، وبيع الحنطة في سنبلها، ويكون اختلافهم مبنيًّا على هذه القاعدة، فبعضهم يرى الغرر يسيراً لا يؤثر، وبعضهم يراه مؤثراً»[2].

*** ٤ ـ البيع قبل القبض:**

دل الحديث الرَّابع على النهي عن بيع الطعام قبل شرائه، واستيفائه بالكيل بأن يكيله البائع ـ كما سبق ـ.

وقد قال المحققون[3]: إنَّ الاستيفاء أعم من القبض، وذلك لأنه قد يستوفيه بالكيل، بأن يكيله البائع ولا يقبضه للمشتري، بل يحبسه عنده لينقده الثمن، وهذا رأي بعض العلماء؛ حيث قصروا المنع من بيع الطعام قبل قبضه على طعام يستوفي بالكيل، أو الوزن، أما إذا لم يستوف، بأن يبيع جزافاً

---

(١) شرح النووي على صحيح مسلم على الحديث المرقم ١٥١٣.

(٢) المجموع (٩/ ٢٥٨)، ويراجع في تفصيل عقد الغرر: تأليف الشيخ الجليل الدكتور الصديق الضرير/ رسالة دكتوراه في كلية الشريعة بالأزهر الشريف.

(٣) فتح الباري (٤/ ٣٥٠).

فيجوز بيعه قبل القبض[١] غير أن اشتراط القبض في الطعام مطلقاً قد جاء في أحاديث صحيحة[٢].

وأيًّا ما كان فإن جماعة من الفقهاء: استدلوا بهذا الحديث على عدم جواز البيع قبل القبض، ففهموا منه ذلك، ولذلك جمع البخاري بين متن هذا الحديث، وهذا الحكم، فترجم: «باب بيع الطعام قبل أن يقبض، وبيع ما ليس عندك».

وقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة اختلافاً كبيراً يمكن حصر اتجاهاتهم في ثلاثة اتجاهات عامة تتمثل في الرفض مطلقاً، والإجارة مطلقاً، والتوسط القائم على التفصيل:

الاتِّجاه الأوَّل: يرى عدم جواز بيع المبيع قبل قبضه مطلقاً، سواء كان المعقود عليه طعاماً أم غيره، وسواء أكان مكيلاً أو موزوناً، وعقاراً أو منقولاً.

وهذا مذهب: الشافعي وأكثر أصحابه[٣]، وأحمد في رواية[٤]، ومحمد بن الحسن وزفر من الحنفية[٥]،

---

(١) وهذا رأي: مالك، وأحمد في رواية، وهو مروي عن أبي ثور، وابن المنذر. انظر: المدونة (٩/ ٨٦ ـ ٨٩)، وشرح الخرشي (٣/ ٢٧٩)، والمغني (٤/ ١٢١)، والمجموع (٩/ ٢٧٠، وما بعدها).

(٢) فتح الباري (٤/ ٣٤٩).

(٣) الأم (٣/ ٦٠)، وجاء في المهذب مع شرحه المجموع للنووي (٤/ ٢٦٤): «ولا يجوز بيع ما لم يستقر ملكه عليه كبيع الأعيان المملوكة بالبيع الإجارة والصداق، وما أشبهها من المعاوضات قبل القبض».

(٤) المغني لابن قدامة (٤/ ١٢١ ـ ١٢٣)، وشرح ابن القيم على سنن أبي داود، المطبوع مع عون المعبود، ط السلفية بالمدينة (٩/ ٣٥٣).

(٥) بدائع الصنائع (٧/ ٣١٠٠) حيث قال: «وعند محمد وزفر والشافعي لا يجوز قياساً» وحاشية ابن عابدين (٤/ ١٦٢)، والمبسوط (١٤/ ٣)، وفتح القدير (٧/ ٢٢).

والظاهرية[1]، والزيدية[2]، ورواية الإمامية[3]، والإباضية في المشهور عنهم[4]، وروي ذلك عن ابن عباس، وجابر بن عبد الله، وسعيد بن المسيب في رواية عنه، وسفيان الثوري[5].

الاتِّجاه الثَّاني: يرى جواز بيع المبيع وكل تصرف فيه مطلقاً.

وهذا رأي: عطاء بن أبي رباح، وعثمان البتي[6]، ورأي الإمامية[7].

الاتِّجاه الثَّالث: يرى التوسط والتفصيل، وأصحاب هذا الاتجاه مختلفون فيما يجوز بيعه قبل القبض وفيما لا يجوز، فذهب أكثرهم إلى: عدم جواز بيع الطعام قبل قبضه، وإلى جوازه في غيره. وهذا رأي: مالك في المشهور عنه[8]، وأحمد في رواية عنه[9]، واختيار أبي ثور وابن المنذر[10]،

---

(١) المحلى لابن حزم (٩/ ٥٩٢).

(٢) البحر الزخار (٤/ ٣١١).

(٣) المختصر النافع للحلي، ط وزارة الأوقاف بمصر (ص١٤٨).

(٤) شرح النيل (٨/ ٥٩).

(٥) المصنف (٨/ ٣٨ ـ ٤٤) حيث رواه عن جابر، وعن ابن عباس أنه قال: «فأحسب كل شيء بمنزلة الطعام» وشرح معاني الآثار (٤/ ٣٩)، والمحلي (٩/ ٥٩٤)، والمغني (٤/ ١٢).

(٦) المحلي (٨/ ٥٩٧) حيث أسند إلى عطاء قوله: «جائز بيع كل شيء قبل أن يقبض» والمغني (٤/ ٢٢٠) أسند مثل هذا القول إلى عثمان البتي، وشرح ابن القيم على سنن أبي داود (٩/ ٣٨٢).

(٧) قال الحلي في المختصر النافع (ص١٤٨): «ولا بأس ببيع ما لم يقبض»، ويكره فيما يكال، أو يوزن.

(٨) المدونة (٩/ ٩٠).

(٩) المغني (٤/ ١٢٠ ـ ١٢١)، ومجموع الفتاوى (٢٩/ ٣٩٨)، شرح ابن القيم على سنن أبي داود (٩/ ٣٩٢).

(١٠) المختصر النافع (ص١٤٨).

والإمامية في وجه لهم[١]، (وفيه تفصيل في التوفية...).

وذهب فريق ثانٍ منهم إلى: عدم جواز بيع المكيل والموزون قبل قبضهما، وإلى جوازه فيما عداهما. وهذا مروي عن: عثمان بن عفان، وابن سيرين، وابن المسيب، والحسن، والحكم، وحماد بن أبي سليمان، والأوزاعي، وربيعة، والنخعي[٢].

وذهب فريق ثالث إلى: إلحاق ما يباع بالعدد بالكيل والموزون في عدم جواز بيعه قبل القبض. وهذا اتجاه: أحمد في رواية وجماعة من أصحابه[٣]، وأبي حنيفة، واختاره جماعة من أصحابه ما دام يراعي فيه العد[٤].

وذهب فريق رابع إلى: إلحاق ما يباع بالذراع (المتر ونحوه) بالمكيل والموزون. وهذا اتجاه: أبي حنيفة إذا أفرد لكل ذراع ثمن[٥].

وذهب فريق خامس إلى: عدم جواز المبيع قبل قبضه إذا كان منقولاً، وجوازه إذا لم يكن منقولاً كالعقار. وهذا اتجاه جمهور الحنفية.

ومن الجدير بالتنبيه عليه: أن المنقول يشمل المكيل والموزون والمعدود والمزروع (على تفصيل فيه)[٦].

وذهب فريق سادس إلى: التفرقة في الطعام بين ما يباع بالكيل أو الوزن على التوفية، وبين ما يباع منه جزافاً. فيمنع الأوَّل قبل القبض، وأجاز الثَّاني.

---

(١) المغني (٤/ ١٢١)، والمحلَّى (٩/ ٥٩٦)، والمجموع (٩/ ٢٦٤ ـ ٢٦٥)، والمصنف لعبد الرزاق (٨/ ٤٣) حيث رواه عن ابن سيرين، وعن ابن المسيب، وابن شبرمة.

(٢) المغني (٤/ ١٢١ ـ ١٢٣).

(٣) بدائع الصنائع (٨/ ٣٢٥١)، وحاشية ابن عابدين (٤/ ١٦٢ ـ ١٦٤)، وتبيين الحقائق (٤/ ٨١)، والمبسوط (١٤/ ٣)، وفتح القدير (٧/ ٢٢).

(٤) المصادر السابقة.

(٥) المصادر السابقة.

(٦) المصادر السابقة.

حيث ذهب أكثر أصحاب مالك إلى جواز بيع الطعام قبل قبضه ما دام قد اشتراه جزافاً، فيكون له الحق بالبيع دون نقله عن موضعه، غير أنه قيده مالك بأن لا يكون في بيع العينة[1]، وإذا كان بالعينة فلا بدَّ أن لا يكون بأكثر من ثمن المثل[2].

وبعض العلماء جعلوا هذا المعيار عاماً فقالوا: كل ما بيع بالكيل، أو الوزن، أو العد، أو الذراع، لا يجوز بيعه قبل قبضه، وكل ما بيع جزافاً يجوز سواء كان طعاماً أو غيره[3].

وبعد استعراض هذه الآراء التي لا يسع البحث ذكرَ جميع أدلتهم، ومناقشتها، نرى أن الراجح هو: جواز التصرُّف بعد العقد وقبل القبض إلَّا في الطعام[4].

هذا فيما يخص المتن الرَّابع، ولكن المتون الثلاثة الأولى لحديثنا: لا تتناول موضوع البيع قبل القبض وبعد العقد، فمدلولها واضح في أن الرسول ﷺ نهى عن بيع شيء معين قبل أن يشتريه، حيث كان سؤال حكيم في هذا ـ كما سبق ـ.

إذن لا يشمل بيع شيء اشتراه الشخص فعلاً لكنه لم يقبضه بل مفهومه المخالف يدل على صحة ذلك، وذلك لأن حكيم بن حزام قال: «يأتيني الرجل فيريد مني البيع ليس عندي، أفأبيعه؟» وفي رواية: «يطلب مني المتاع

(١) العينة هي: أن يبيع رجل بضاعة لآخر بثمن، ثمَّ يشتريها منه بثمن مؤجل أقل من الثمن الأوَّل، فهذا حرام؛ لأنه وسيلة إلى الربا عن طريق التحايل، انظر: مبدأ الرضا في العقود، ط دار البشائر الإسلامية (٢/ ١٢٢٥).

(٢) المدونة (٩/ ٨٨ ـ ٨٩)، وشرح الخرشي.

(٣) المجموع (٩/ ٢٦٤/ ٢٧)، والمصادر السابقة.

(٤) يراجع في تفصيل ذلك: بحثنا عن القبض وصوره المعاصرة، المقدم إلى مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي في دورته السَّادسة بجدة ١٩٩٠م.

وليس عندي أفأبيعه؟»، فالحديث في بيع شيء معين في السوق قبل شرائه، ومفهومه المخالف يدل على أنه لو اشترى فله الحق أن يبيع قبل القبض، والعندية هنا ـ كما سبق ـ عندية الحكم والتمكين، وهي متحققة بأصل العقد حيث هو ناقل للملكية بجعل الشارع، تنفيذاً لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ أُحِلَّتۡ لَكُم بَهِيمَةُ ٱلۡأَنۡعَٰمِ إِلَّا مَا يُتۡلَىٰ عَلَيۡكُمۡ غَيۡرَ مُحِلِّي ٱلصَّيۡدِ وَأَنتُمۡ حُرُمٌۗ إِنَّ ٱللَّهَ يَحۡكُمُ مَا يُرِيدُ﴾[1].

*** ٥ ـ بيع مال الغير دون إذنه:**

سبق أن رأينا أن بعض الفقهاء: أدخلوا في معنى هذا الحديث بيع مال الغير دون إذنه، وهذا ما استدل به الشافعية على عدم صحة عقد الفضولي، على الجديد[2].

بينما ذهب الجمهور: إلى أن عقده موقوف على الإجارة[3].

والتحقيق أن مورد الحديث مختلف عن عقد الفضولي، وذلك: لأن الحديث وارد في جواب سائل تلاحظ فيه الظروف والملابسات التي أحاطت به، فهو في شخص يأتي إليه آخر طالباً منه شيئاً، فيعقد البيع معه عليه مباشرة، ثمَّ يذهب إلى السوق فيشتري فيسلمه، أما بيع الفضولي ـ مثلاً ـ فهو شخص يريد أن يقدم خدمة لصاحبه فيبيع له أو يشتري ظناً منه أن له رغبة في ذلك، أو أن يوكله صاحبه بالشراء، فيشتري له، ثمَّ يبيع له إفادة إليه،

---

(١) سورة المائدة: الآية ١.

(٢) يراجع في تفصيل ذلك: فتح القدير مع شرح العناية (٥/ ١٨٤ ـ ١٨٥)، والبحر الرائق (٥/ ٢٧٧)، ومواهب الجليل للحطاب (٤/ ٢٤٥)، والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/ ١١ ـ ١٢)، وفتح العزيز للرافعي بهامش المجموع (٨/ ١٢١ ـ ١٢٤)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص٣١٠)، والمجموع (٩/ ٢٦١)، والمنثور في القواعد (٣/ ٣٤٧).

(٣) نفس المصادر السابقة.

كما حدث بالنسبة للصحابي الجليل حكيم بن حزام نفسه، وكذلك عروة البارقي، حيث أخذ كل واحد ديناراً من رسول الله ﷺ ليشتري به أضحية ـ بالنسبة لحكيم ـ، وشاة ـ بالنسبة لعروة ـ فاشترى شاتين بدينار، ثمَّ باع واحدة منهما، ثمَّ أتى بشاة ودينار[1].

لذلك لا يدخل هذا الموضوع في حديثنا هذا، ولو دخل فهو مخصص بالأحاديث الثابتة في هذا المجال.

*** ٦ ـ بيع مال مملوك غير قادر على تسليمه:**

أدخله البعض في هذا الحديث، ولذلك لم يجوزوا بيع البعير الشارد، والعبد الآبق والمال المغصوب مطلقاً، ومنهم من أجازه إذا باعه لمن هو قادر على تسليمه، ومنهم من أجازه مطلقاً[2].

والذي نرى رجحانه: عدم دخول هذه المسائل في مفهوم حديثنا، فالحديث في بيع عين لا يملكه الإنسان وفيه غرر من حصوله، فلا يتناول هذه المسائل السابقة؛ لأنها إما أعيان موجودة أو موصوفة في الذمم.

وأن ما ذكر في المسألة الأخيرة أعيان موجودة مملوكة لأصحابها، وإذا كان هناك مانع من التسليم والتسلم فذلك أمر آخر لا يعود إلى مدلول حديثنا والله أعلم.

---

(١) حديث عروة رواه أحمد والبخاري، وأبو داود، والترمذي وابن ماجه، والدارقطني. وأما حديث حكيم بن حزام فرواه أبو داود والترمذي. انظر: صحيح البخاري مع الفتح ـ المناقب (٦/ ٦٣٢)، وسنن أبي داود ـ مع العون (٩/ ٢٣٨ ـ ٢٤٣)، قال النووي في المجموع (٩/ ٢٦٢): «وإسناد الترمذي صحيح، وإسناد الآخرين حسن فهو حديث صحيح»، ونيل الأوطار (٧/ ١٢).

(٢) يراجع المجموع (٩/ ٢٦٢).

علاقة الحديث بالتطبيقات المعاصرة

حاول بعض الباحثين الاحتجاج بحديث حكيم بن حزام في عدم صحة بعض العقود المعاصرة، ونحن هنا نذكر أهمها مع التعليق على ما ذكر حولها ليتبين لنا مدى صحة الاحتجاج به في هذه التطبيقات:

أوَّلاً: المرابحة.

ثانياً: عقد الاستصناع.

ثالثاً: بعض عقود البورصة.

أولاً ـ المرابحة:

وهي في اصطلاح الفقهاء: البيع برأس المال مع ربح معلوم، كنسبة ١٠ مثلاً؛ أي: أنها تقوم على أساس الثمن الأوَّل، ثمَّ إضافة الربح إليه[1].

وفي عصرنا الحاضر: تجربة البنوك الإسلامية ـ في الغالب ـ على ضوء ما يأتي:

يأتي الراغب في الشراء إلى البنك، فيعرض عليه رغبته في شراء سيارة أو عقار أو نحو ذلك، ويوقع على وعد بالشراء، ثمَّ يقوم البنك بشراء المطلوب لنفسه، ثمَّ يقوم ببيعه للراغب على أساس المرابحة، وبقيمة التكلفة الكلية للبضاعة مع إضافة نسبة من الأرباح إليها، وحتى يطمئن الطَّرفان من جدية الإقدام يشترطان دفع نسبة مقدمة من قيمة البضاعة وأنه إذا امتنع

---

(١) يراجع: المبسوط للسرخسي (١٣/ ٨٣)، والمدونة الكبرى (٣/ ٣٢٥)، وفتح العزيز (٤/ ٥)، وروضة الطالبين (٣/ ٥٢٧)، والمغني لابن قدامة (٤/ ١٩٩)، ويراجع للمزيد من التفصيل: كتاب فضيلة أستاذنا الجليل الدكتور يوسف القرضاوي: بيع المرابحة للأمر بالشراء كما تجريه المصارف الإسلامية، ط دار القلم ـ الكويت ١٩٨٤م، وبيع المرابحة، تأليف أحمد سالم، ط الرسالة الحديثة ـ عمان (ص٢٧)، وما بعدها.

أحدهما عن تنفيذ هذا الوعد يتحمل كل الأضرار التي تلحق الطَّرف الآخر[1].

فذهب جماعة من المعاصرين إلى أن ذلك التواعد ملزم للطرفين اعتماداً على ما ذهب إليه بعض العلماء ـ منهم ابن شبرمة ـ[2].

وذهب آخرون إلى أن الوعد ملزم دون المواعدة، وهذا ما عليه قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي بجدة.

وهذا العقد بهذه الصورة اعترض عليه البعض اعتماداً على مدلول حديث حكيم بن حزام وعمرو بن شعيب، وقالوا: أنه داخل في بيع المعدوم، وبيع ما ليس لدى الإنسان[3].

والتحقيق: أن المرابحة لا تدخل في هذا الحديث أبداً من عدَّة وجوه:

الوجه الأوَّل: أن المعنى الراجح للحديث السابق هو النهي عن بيع شيء معين لا يملكه وهو على غرر من حصوله ـ كما سبق ـ.

وفي ضوء هذا المعنى: لا تدخل المرابحة في الحديث، حيث إن المصرف الإسلامي لا يبيعه شيئاً معيناً، وإنما أخذ من الراغب وعداً، ثمَّ قام بشرائه فعلاً، ثمَّ باعه مع ربح معلوم، فأين هذا من واقعة حديث حكيم بن حزام؟

الوجه الثَّاني: أنه ليس صحيحاً أن المعدوم مطلقاً لا يجوز بيعه، بل فيه تفصيل سبق ذكره.

---

(١) يراجع: أ. د. القرضاوي المرجع السابق (ص١١٦)، وينظر: في عقود المرابحة المعمول بها في مصرف قطر الإسلامي، وبنك قطر الدولي الإسلامي.

(٢) يراجع في تفصيل ذلك كتابنا: مبدأ الرضا في العقود، ط بيروت (٢/ ١٠٣٢ ـ ١٠٣٦).

(٣) منهم د. محمد سليمان الأشقر في بحثه المعنون: بيع المرابحة كما تجريه البنوك الإسلامية، ط مكتبة الفلاح، الكويت.

يقول الأستاذ القرضاوي: «وهنا نقرر مطمئنين: أن العلماء الذين شاركوا في مؤتمر المصرف الإسلامي الأوَّل في دبي، ومؤتمر المصرف الإسلامي الثَّاني في الكويت إنما أجازوا للمصرف الإسلامي البيع للآمر بالشراء إذا تملك السلعة بالفعل، وما يجري بين المصرف وطالب الشراء قبل ذلك إنما هو مواعدة بينهما، وليست بيعاً ولا شراءً»[1].

الوجه الثَّالث: أنه ليس صحيحاً إطلاق القول بعدم جواز بيع المعدوم، بل فيه تفصيل سبق ذكره، ولذلك أكد شيخ الإسلام ابن تيمية: «أن عدم جواز بيع بعض أشياء معدومة لا يعود إلى كونها معدومة، بل إلى وجود غرر فيها، كما أن الغرر في الموجود يجعل بيعه غير صحيح»[2].

وقد ذكرنا أن السَّلَم جائز مع أن محله غير موجود وقت العقد.

الوجه الرَّابع: إطلاق القول بعدم جواز بيع ما لا يملكه الإنسان غير دقيق، وقد سبق أن ذكرنا أن جمهور العلماء يذهبون إلى صحة عقد الفضولي الذي باع شيئاً معيناً للآخر، لكنه موقوف على إجازته.

والمشكل هو أن هذه الإطلاقات ـ من عدم جواز بيع المعدوم ونحوه ـ شاعت فغلبت على التحقيق والتدقيق، وغدت تردد حتى أصبحت كأنها قاعدة قطعية، أو كلية يقينية من كليات الشريعة ومبادئها.

ثانياً ـ عقد الاستصناع:

هو: عقد مع صانع على عمل شيء معين في الذمة[3].

---

(١) بيع المرابحة (ص٨٣).
(٢) مجموع الفتاوى (٢٠/ ٥٤٢).
(٣) هذا هو تعريف مجلة الأحكام العدلية المادة ١٢٤٤، ويراجع: بدائع الصنائع (٦/ ٢٦٧٧)، وحاشية ابن عابدين (٤/ ٢١٢)، وفتح القدير (٧/ ١١٤)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢/ ٢١٦)، والمقدمات لابن رشد (٢/ ٣٢)، والأم (٣/ ١٣١)، والمغني لابن قدامة (٤/ ٣١٠ ـ ٣١٦).

وكانت صورته في القديم بسيطة، حيث يجري على الصناعات الخفيفة كالحذاء والشباك، ونحوهما.

وقد تطور اليوم في البنوك الإسلامية حيث يتم من خلاله استصناع مختلف الصناعات، والمقاولات[١].

ذهب البعض ـ قديماً وحديثاً ـ إلى منع عقد الاستصناع؛ بناءً على أنه عقد وارد على معدوم، أو على ما ليس عندك.

ـ وذهب بعضهم الآخر إلى أن الأصل فيه عدم الجواز، لكن أجيز في حدود ضيقة للضرورة أو الحاجة الملحة.

وقد رجحنا في بحثنا المقدم إلى الدورة السَّابعة لمجمع الفقه الموقر، التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي لزوم عقد الاستصناع[٢]، وأنه عقد مستقل.

وهؤلاء الذين منعوه استندوا إلى هذا الحديث.

التحقيق:

ولكن التحقيق هو أن عقد الاستصناع: عقد وارد على عمل في شيء موصوف في الذمة، وهو في ذلك مثل السَّلَم، ولكنه يختلف عنه من حيث إن السلم وارد على العين فقط دون العمل[٣].

فهذا الحديث ـ كما سبق ـ في بيع عين على غرر، وليس في بيع شيء موصوف في الذمة، وقد قال المحققون: «إن الموجود في الذمة كالموجود حقيقة»[٤].

---

(١) يراجع في تفصيل ذلك بحثنا: عقد الاستصناع المقدم إلى الدورة السَّابعة لمجمع الفقه الموقر، حيث أقر ـ بفضل الله تعالى ـ... أن عقد الاستصناع عقد ملزم للطرفين، وأنه عقد وارد على العمل والعين في الذمة.

(٢) نفس المرجع السابق.

(٣) نفس المرجع السابق.

(٤) زاد المعاد (٥/ ٨١١).

ثالثاً ـ بعض عقود البورصة:

لا شك أن هذا الحديث يعالج كثيراً من العقود التي تجري في الأسواق المالية (البورصة) حيث تجري دون أن يكون لها محل معين، ولا شيء موصوف في الذمة، ولا تتوفر فيها الشروط والضوابط الشرعية، ويكون فيها غرر بيِّن واضح مثل ما يسمى: بعقود المرابحة والوضيعة[1]، وعقود الاختيارات ونحوها[2].

الخلاصة

بعد هذا الاستعراض الشامل لروايات الحديث، وألفاظه ومعناه، وفقهه، وما أثير حوله من نقاش وجدال وصلنا إلى النتائج التالية:

١ ـ أن الحديث ثابت ينهض حجة، فهو إما صحيح ـ وهذا هو الراجح ـ أو أنه لا تقل درجته عن الحسن، وأن عدم رواية الشيخين له في صحيحيهما لا يعني القدح فيه، وذلك لأنهما لم يستوعبا كل الأحاديث الصحيحة بالاتِّفاق.

٢ ـ وأن النهي في الحديث يدل على حرمة المنهي عنه ولا سيما أن هناك قرائن تعينه لذلك مثل: بعض رواياته الواردة بلفظ: «لا يحل».

---

(١) المرابحة والوضيعة هما في البورصة مختلفان تماماً عن المرابحة والوضيعة في الفقه الإسلامي، فمثلاً تعني المرابحة في البورصة طلب تأجيل موعد تسوية الصفقة حتى موعد التصفية اللاحق، وذلك يحدث عندما يشعر المتعاملون في السوق بأنهم لن يستطيعوا تنفيذ الصفقة التي عقدوها نظراً لتطور الأسعار خلافاً لتقديراتهم، فيلجؤون إلى المرابحة والوضيعة. يراجع في تفصيل ذلك بحثنا: الأسواق المالية في ميزان الفقه الإسلامي. المقدم للدورة السَّابعة لمجمع الفقه الإسلامي التَّاسع لمنظمة المؤتمر الإسلامي الذي عقد بجدة من ٧ ـ ١٢ ذو القعدة ١٤١٢هـ الموافق ٩ ـ ١٤ مايو ١٩٩٢م.

(٢) يراجع بحثنا السابق ومراجعه ومصادره المعتمدة.

٣ ـ وأن النهي فيه لأجل وصف لازم، وحينئذ يدل على فساد المنهي عنه ـ كما هو رأي الجمهور ـ وهذا يعني أن بيع شيء معين بذاته وفيه غرر محقق من الحصول عليه ـ يكون فاسداً، أو باطلاً.

٤ ـ أن معنى الحديث ـ بعد التحقيق والتدقيق ـ ينحصر في النهي عن بيع شيء معين غير مملوك لبائعه يكون على خطر الحصول عليه، بأن يبيعه لشخص، ثمَّ يذهب إلى السوق فيبحث عنه، وإذا وجده يشتريه، ثمَّ يسلمه إلى المشتري، وهذا غرر واضح، وجهالة فاحشة تؤدي إلى النزاع بين الطَّرفين، حيث قد يقول المشتري ليس هذا هو الذي طلبته؛ لأنه لم يره، ولا وصف له بالأوصاف المطلوبة، ولذلك لو وصف له الأوصاف المطلوبة فيكون بيعاً على الصفة، أو سلماً أو استصناعاً ـ كما سبق ـ فلا يدخل حينئذٍ في الحديث، فمعناه يتفق تماماً مع حديث النهي عن الغرر.

٥ ـ أن الحديث هذا: لا يتناول بيع المعدوم لأنه معدوم بل إنما يشمله إذا كان فيه غرر ـ كما قرر ذلك شيخ الإسلام ابن تيمية ـ وذلك لأن الشرع قد صحح بيع المعدوم في بعض المواضع.

٦ ـ أن الحديث لا يتناول معناه السلم؛ لأن المعقود عليه شيء موصوف في الذمة، وأنه لا يمكن اعتبار السلم استثناء من هذا الحديث، للاعتبارات التي ذكرناها.

٧ ـ أن هذا الحديث يتفق مع حديث الغرر من حيث الدلالة والهدف.

٨ ـ دل المتن الرَّابع على النهي عن بيع الطعام قبل شرائه واستيفائه بالكيل وهذا هو رأي جماهير الفقهاء ـ كما سبق ـ ولكن جماعة من الفقهاء استدلوا بحديث حكيم: «لا تبع ما ليس عندك» وحديث عمرو بن شعيب السابقين على عدم جواز البيع قبل القبض حتى ولو حصل التعاقد، وعمموا دلالتهما لتشمل جميع الأشياء، وقد أوضحنا أنهما لا يدلان على هذه المسألة.

٩ ـ أن الحديث هذا لا يتناول عقد الفضولي، ولا بيع مال مملوك غير قادر على تسليمه، وذلك لأن مورد الحديث في غير هذين الموضعين ـ كما سبق ـ.

١٠ ـ أوضحنا علاقة الحديث ببعض التطبيقات المعاصرة لعقود المرابحة، والاستصناع، وأثبتنا أنهما خارجان عن نطاق هذا الحديث، لكننا أوضحنا أن مدلوله يشمل جملة من العقود الواردة في الأسواق المالية (البورصة) مثل عقود الاختيارات ونحوها.

وأخيراً:

ذلك هو جهدي المتواضع مع هذا الحديث النبوي الشريف الذي يعد بحق من كنوز السُّنَّة المطهَّرة، ومن جوامع الكلم، فإن كنت قد وفقت فذلك بفضل الله وتوفيقه، وإلا فعذري أنني بذلت كل ما في وسعي ـ على الرغم من كثرة الواجبات ـ وابتغيت رضاء الله تعالى بخدمة سنة نبيه متضرعاً إليه بأن يبارك في علمنا وعملنا وعمرنا، ويجعل أعمالنا كلها خالصة لوجهه الكريم، ويعصمنا من الخطأ والزلل في العقيدة والقول والعمل، إنه مولاي فنعم المولى ونعم المصير.



عقد الاستصناع
بين الاتِّباع والاستقلال، وبين اللزوم والجواز

تمهيد:

أولى الإسلام عناية كبرى بالصناعة والاستصناع، في وقت كانت العرب ـ وغيرهم من الأمم ـ تنظر إلى الصناعات والحرف نظرةً فيها التقليل من شأنها، فنزلت الآيات الدالّات على أهمّية الصناعة في حياة الأمّة حتّى قرن الله تعالى الحديد مع القرآن الكريم في الإنزال: ﴿لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِٱلْبَيِّنَٰتِ وَأَنزَلْنَا مَعَهُمُ ٱلْكِتَٰبَ وَٱلْمِيزَانَ لِيَقُومَ ٱلنَّاسُ بِٱلْقِسْطِ ۖ وَأَنزَلْنَا ٱلْحَدِيدَ فِيهِ بَأْسٌ شَدِيدٌ وَمَنَٰفِعُ لِلنَّاسِ وَلِيَعْلَمَ ٱللَّهُ مَن يَنصُرُهُۥ وَرُسُلَهُۥ بِٱلْغَيْبِ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ قَوِىٌّ عَزِيزٌ﴾[1].

وبيَّن القرآن الكريم في مقام الامتنان بالنعم العظمى أن الله علّم أحد أنبيائه العظام ـ وهو داود عليه السَّلام ـ صنعة اللباس الحديدي، والدرع حيث يقول: ﴿وَعَلَّمْنَٰهُ صَنْعَةَ لَبُوسٍ لَّكُمْ لِتُحْصِنَكُم مِّنۢ بَأْسِكُمْ ۖ فَهَلْ أَنتُمْ شَٰكِرُونَ﴾[2].

كما يجعل الرسول ﷺ الصناعة اليدوية، بل كل ما تصنعه اليد من أفضل الأعمال حيث يقول: «**ما أكل أحد طعاماً قط خيراً من أن يأكل من عمل يده، وإن نبي الله داود عليه السَّلام كان يأكل من عمل يده**»[3].

وجاء فقهاؤنا العظام منذ بداية القرن الثَّاني الهجري ـ مثل أبي حنيفة

---

(١) سورة الحديد: الآية ٢٥.

(٢) سورة الأنبياء: الآية ٨٠.

(٣) رواه البخاري في صحيحه ـ مع الفتح ـ كتاب البيوع، ط السلفية (٤/ ٣٠٣).

وصاحبيه، وكذلك غيرهم ـ بتنظيم عقد الاستصناع وأهميته، وبيان شروطه وضوابطه، وفروعه ومسائله.

كل ذلك يحدث في هذا الوقت المبكِّر، بينما الغرب لم يصل إلى تقنين عقد الاستصناع إلَّا في وقت متأخر جدًّا، حيث نرى أن (دافيد) يستغرب جدًّا عن عدم وجود تنظيم لعقد الاستصناع في التقنين المدني الفرنسي الذي صدر عام ١٨٠٤م، ويعزي ذلك إلى أن مشرِّعي هذا القانون لم يكونوا يعرفون هذا العقد بصورة كاملة، وذلك بسبب عدم ظهور هذا العقد آنذاك[(١)].

وهذا إن دلَّ على شيء فإنما يدل على عظمة هذا الفقه الإسلامي العظيم، وسبْقه بقرون عدَّة في كل مجالات التشريع.

ونحن نحاول في هذا البحث المتواضع أن نستعرض عقد الاستصناع مركِّزين على أمرين أساسيين هما، هل هذا العقد عقد مستقل، أم تبع وداخل في عقود أخرى؟ وهل هو عقد لازم أم هو عقد جائز؟

وقد بذلت كل جهدي في رجوعي إلى المصادر المعتمدة في كل مذهب، وبيان آراء الفقهاء، والاستفادة منها.

ولكنه مع ذلك لم يقف جهدي عند هذا الحد، بل حاولت الوصول إلى صورة متكاملة لعقد الاستصناع وإن كان ذلك على حساب مخالفة الرأي الذي عليه الجمهور؛ لأنني وضعت نصب عيني مقاصد الشريعة ومبادءها الكلية، بل قدمت السير في ظلالها على السير في ظل التفسيرات الفرعية.

فمثلاً: إذا كنت قد أخذت لزوم عقد الاستصناع من رواية لأبي يوسف فإنني لم أقف عند قوله ـ مع قول بقية الحنفية ـ ببطلان الاستصناع بموت أحد الطَّرفين، وإنما قلت ببقائه، وانتقال الحق إلى الورثة. بل لاحظت

---

(١) المشار إليه في: عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي، لكاسب عبد الكريم، ط الإسكندرية، المقدمة.

التنظيمات الموجودة للشركات والمصانع في عصرنا الحاضر، التي اعترفت فيها بوجود شخصية معنوية لها تستمر ما دامت الشركة قائمة دون النظر إلى أصحابها ومدرائها، ولذلك قلت بعدم بطلان الاستصناع بموت أحد العاقدين. كما أن قول الحنفية هذا قياس على الإجارة التي هي نفسها محل خلاف في بطلانها بموت أحد العاقدين، بل الجمهور على عدم بطلانها.

ومن هنا قست الاستصناع في عدم البطلان بموت أحد العاقدين على الإجارة على مذهب الجمهور، بل إننا لسنا بحاجة إلى القياس لأن الاستصناع عقد مستقل.

وهكذا حاولنا أن نبذل كل ما نستطيع بذله للوصول إلى صورة متكاملة محققة لمصلحة الطَّرفين، ومصلحة الأمة في الازدهار والتنمية والاستقرار.

والله أسأل أن يجعل جميع أعمالي خالصة لوجهه الكريم، وأن يعصمنا من الخطأ في القول والعمل.

الاستصناع لغةً واصطلاحاً

الاستصناع في اللغة:

الاستصناع لغة: مصدر «استصنع» بمعنى طلب الصنعة، فيقال: استصنع الشيء؛ أي: دعا إلى صنعه، وأصله: صنع يصنع صنعاً، فهو مصنوع وصنيع. والصناعة: حرفة الصانع. والصناعة: ما تستصنع من أمر[1].

*** وقد ورد لفظ «صنع» ومشتقاته في القرآن الكريم عشرين مرة:**

منها: قوله تعالى: ﴿وَلَا يَزَالُ ٱلَّذِينَ كَفَرُواْ تُصِيبُهُم بِمَا صَنَعُواْ قَارِعَةٌ أَوْ تَحُلُّ قَرِيبًا مِّن دَارِهِمْ حَتَّىٰ يَأْتِيَ وَعْدُ ٱللَّهِ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ لَا يُخْلِفُ ٱلْمِيعَادَ. . .﴾[2]، حيث أطلق على ما يصنعه الإنسان.

---

(١) لسان العرب، ط دار المعارف (ص٢٥٠٨)، وكشاف إصلاحات الفنون، ط الهيئة العامة للكتاب (٤/ ٢٣٥).

(٢) سورة الرعد: الآية ٣١.

ويطلق على صناعة السحر حيث يقول تعالى: ﴿وَأَلْقِ مَا فِي يَمِينِكَ تَلْقَفْ مَا صَنَعُوٓاْ إِنَّمَا صَنَعُواْ كَيْدُ سَاحِرٍ وَلَا يُفْلِحُ ٱلسَّاحِرُ حَيْثُ أَتَىٰ﴾[1].

وعلى صناعة السفينة حيث قال: ﴿وَيَصْنَعُ ٱلْفُلْكَ وَكُلَّمَا مَرَّ عَلَيْهِ مَلَأٌ مِّن قَوْمِهِۦ سَخِرُواْ مِنْهُ قَالَ إِن تَسْخَرُواْ مِنَّا فَإِنَّا نَسْخَرُ مِنكُمْ كَمَا تَسْخَرُونَ﴾[2].

ومنها: قوله تعالى: ﴿وَٱصْطَنَعْتُكَ لِنَفْسِى...﴾[3]: قال الماوردي: «يحتمل وجهين: أحدهما: خلقتك، مأخوذ من الصنعة. الثَّاني: اخترتك، مأخوذ من الصنيعة»[4].

ومنها: قوله تعالى: ﴿صُنْعَ ٱللَّهِ ٱلَّذِىٓ أَتْقَنَ كُلَّ شَىْءٍ إِنَّهُۥ خَبِيرٌۢ بِمَا تَفْعَلُونَ...﴾[5]؛ أي: فعل الله الذي أتقن كل شيء[6]، ويبدو أن الصنع أخص من مطلق الفعل.

ومنها: قوله تعالى في حق داود عليه السَّلام: ﴿وَعَلَّمْنَٰهُ صَنْعَةَ لَبُوسٍ لَّكُمْ لِتُحْصِنَكُم مِّنۢ بَأْسِكُمْ فَهَلْ أَنتُمْ شَٰكِرُونَ﴾[7]، ومنها قوله تعالى: ﴿وَتَتَّخِذُونَ مَصَانِعَ لَعَلَّكُمْ تَخْلُدُونَ﴾[8].

*** وقد تكرر لفظ «صنع» ومشتقاته في السُّنَّة المشرَّفة كثيراً:**

منها: إطلاق الصنع على الأفعال وصنعة الأشياء مثل قول: «رأيت

---

(١) سورة طه: الآية ٦٩.
(٢) سورة هود: الآية ٣٨.
(٣) سورة طه: الآية ٤١.
(٤) تفسير الماوردي، ط أوقاف الكويت (٤/ ١٥).
(٥) سورة النمل: الآية ٨٨.
(٦) تفسير الماوردي (٣/ ٢١٢).
(٧) سورة الأنبياء: الآية ٨٠، قال الماوردي (٣/ ٥٣): فيه وجهان: أحدهما: «لبوس»: الدرع الملبوس، والثَّاني: أن جميع السلاح لبوس عند العرب.
(٨) سورة الشعراء: الآية ١٢٩.

رسول الله ﷺ صنع مثل هذا»[1]؛ أي: فعل كذا، عن الوضوء والمسح على الخفين.

ومنها: إطلاقه على صنع المنبر[2].

ومنها: ما رواه البخاري وغيرهم بسندهم عن ابن عمر رضي الله عنهما: «أن رسول الله ﷺ: اصطنع خاتماً من ذهب، وكان يلبسه فيجعل فصه في باطن كفه، فصنع الناس خواتيم، ثمَّ إنه جلس على المنبر فنزعه، فقال: «إني كنت ألبس الخاتم. . .» فرمى به، ثمَّ قال: «والله لا ألبسه أبداً» فنبذ الناس خواتيمهم»[3].

وترجم ابن ماجه في سننه: باب الصناعات.

وترجم الترمذي في سننه: باب ما جاء في صنائع المعروف.

والمقصود من هذا السرد أن هذه الكلمة مما شاع استعمالها في القرآن الكريم والسنة في معانيها اللغوية التي تشمل الحرفة، وغيرها من أي عمل كان، وفي إيجاد الشيء من العدم ونحو ذلك.

الاستصناع اصطلاحاً:

وقد عرِّف الاستصناع ـ في عرف من قالوا به ـ عدَّة تعريفات:

منها: تعريف رجحه الكاساني واختارته الموسوعة الفقهية[4]، وهو: أن الاستصناع عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل[5].

---

(١) صحيح البخاري، الصَّلاة ـ مع الفتح ـ (١/ ٤٩٤).

(٢) مسند أحمد (٥/ ١٣٧).

(٣) صحيح البخاري ـ مع الفتح ـ كتاب الإيمان (١١/ ٥٣٧)، وأحمد (٣/ ١٠١).

(٤) الموسوعة الفقهية الكويتية، ط أوقاف الكويت (٣/ ٣٢٥).

(٥) بدائع الصنائع، ط الإمام بالقاهرة (٦/ ٢٦٧٧).

غير أنَّ الكاساني ذكر عدَّة تعريفات فقال: «وأما معناه فقد اختلف المشايخ فيه، قال بعضهم: هو مواعدة، وليس ببيع. وقال بعضهم: هو بيع لكن للمشتري فيه خيار، وهو الصحيح بدليل أن محمداً رحمه الله ذكر في جوازه القياس والاستحسان، وذلك لا يكون في العِدات (أي: الوعود)، وكذا أثبت فيه خيار الرؤية، وأنه يختص بالبياعات. . .

ثمَّ اختلفت عباراتهم عن هذا النوع من البيع. قال بعضهم: هو عقد على مبيع في الذمة. وقال بعضهم: هو عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل».

ثمَّ رجح الكاساني التعريف الأخير فقال: «والصحيح هو القول الأخير؛ لأن الاستصناع، طلب الصنع، فما لم يشترط فيه العمل لا يكون استصناعاً، فكان مأخذ الاسم دليلاً عليه، ولأن العقد على مبيع في الذمة يسمّى سلماً، وهذا العقد يسمّى استصناعاً»[(١)].

ومنها: ما ذكره ابن عابدين حيث قال: «وأما شرعاً، فهو: طلب العمل منه في شيء خاص على وجه مخصوص»[(٢)].

وقال البابرتي: «والاستصناع هو: أن يجيء إنسان إلى صانع فيقول: اصنع لي شيئاً صورته كذا، وقدره كذا، بكذا درهماً. ويسلم إليه جميع الدراهم أو بعضها، أو لا يسلم»[(٣)].

وعرَّفته مجلة الأحكام العدلية في مادتها (١٢٤) بأنه: عقد مع صانع على عمل شيء معين في الذمة.

---

(١) بدائع الصنائع (٦/ ٢٦٧٧). ويراجع: المحيط البرهاني، مخطوطة مكتبة الأوقاف العامة ببغداد ج ٢، ورقة ٥٧٢.

(٢) رد المحتار على الدر المختار، ط دار إحياء التراث العربي ببيروت (٤/ ٢١٢).

(٣) شرح العناية مع فتح القدير، ط مصطفى الحلبي ـ القاهرة (٧/ ١١٤).

وجاء في بعض كتب الحنابلة: «استصناع سلعة يعني: يشتري منه سلعة، ويطلب منه أن يصنعها له، مثل أن يشتري منه ثوباً ليس عنده، وإنما يصنعه له بعد العقد»[١].

أنواع الاستصناع

بالنظر إلى ما ذكره المالكية، نجد أنهم يذكرون للاستصناع أربعة أنواع، نذكرها هنا لأهميتها، وهي ـ كما ذكره ابن رشيد في مقدماته ـ:

النَّوع الأوَّل: أن لا يشترط المسلم المستعمل عمل من استعمله ولا يعين ما يعمل منه.

فهذا النوع سلم على حكم السلم لا يجوز إلَّا بوصف العمل وضرب الأجل وتقديم رأس المال.

النَّوع الثَّاني: أن يشترط المسلم عمل من استعمله، ويعين ما يعمل منه.

فهذا النوع ليس بسلم، وإنما هو من باب البيع، والإجارة في الشيء المبيع، فإن كان يعرف وجه خروج ذلك الشيء من العمل، أو تمكن بإعادته للعمل، أو عمل غيره من الشيء المعين منه العمل فيجوز على أن يشرع في العمل، وعلى أن يؤخر الشروع فيه بشرط ما بينه وبين ثلاثة أيام أو نحو ذلك، فإن كان على أن يشرع في العمل جاز ذلك بشرط تعجيل النقد، وتأخيره. وإن كان على أن يتأخر الشروع في العمل إلى الثلاثة أيام ونحوها لم يجز تعجيل النقد بشرط حتى يشرع في العمل[٢] غير أن أشهب أجاز في السلم تعيين المصنوع منه والصانع، خلافاً لابن قاسم[٣].

---

(١) كتاب الفروع لابن مفلح، مع ملاحظة ما ذكره مراجع الكتاب من أن العبارة السابقة من هامش مخطوط الأزهر (ط/ ٢٤). ويراجع: عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي، لكاسب عبد الكريم البدران، ط دار الدعوة الإسكندرية (ص٦٣)، وما بعدها.

(٢) المقدمات الممهدات، ط دار الغرب الإسلامي (٢/ ٣٢).

(٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ط عيسى الحلبي (٣/ ٢١٦).

النَّوع الثَّالث: أن لا يشترط المسلم عمل من استعمله، ويعين ما يعمل منه.

فهذا النوع أيضاً من باب البيع والإجارة في المبيع، إلَّا أنه يجوز ـ على تعجيل العمل وتأخيره إلى نحو ثلاثة أيام ـ بتعجيل النقد وتأخيره.

النَّوع الرَّابع: أن يشترط المسلم عمل من استعمله، ولا يعين ما يعمل منه.

فهذا النوع لا يجوز على حال، لأنه يجتذبه أصلان متناقضان هما: لزوم النقد لكون ما يعمل منه مضموناً، وامتناعه لاشتراط عمل المستعمل بعينه(١).

وذكر العلامة الدسوقي في بعض هذه المسائل، فقال: «وصورته: وجدت نحاساً يعمل طشتاً، أو حلّة، أو توراً، أو غير ذلك، فقلت له: كمِّله لي على صفة كذا بدينار؛ فيجوز إن شرع في تكميله بالفعل، أو بعد أيام قلائل كخمسة عشر يوماً فأقل، وإلا منع، لما فيه من بيع معين يتأخر قبضه. ومحل الجواز أيضاً إذا كان عند النحاس نحاس بحيث إذا لم يأت على الصفة المطلوبة كسره وأعاده وكمله مما عنده من النحاس...

وقد جعل مج (أي: الشيخ محمد الأمير)، وعبق (أي: الزرقاني)، وشارحنا هذه المسألة تبعاً لابن الحاجب والتوضيح من باب اجتماع البيع والإجارة، وهو مغاير لأسلوب المصنف، ويصح أن يكون من باب السلم بناءً على مذهب أشهب المجوز في السلم تعيين المصنوع منه والصانع، هنا عين المصنوع منه، وهذه يمنعها ابن القاسم»(٢).

وعلَّق العلامة الدردير على قول خليل في إطلاق لفظ السلم على النوع الثَّاني فقال: إطلاق لفظ السلم على هذا الشراء مجاز، وإنما هو بيع معين

---

(١) المقدمات (٢/ ٣٢).

(٢) حاشية الدسوقي (٣/ ٢١٥)، ويراجع: شرح الخرشي، ط بولاق، مصر (٥/ ٢٢٤ ـ ٢٢٥).

يشترط فيه الشروع ولو حكماً، فهو من أفراد قوله: «وإن اشترى المعمول منه واستأجره جاز إن شرع، ويضمنه مشتريه بالعقد، وإنما يضمنه بائعه ضمان الصناع»[1].

ثمَّ إن المالكية فرقوا بين مصنوع يمكن إعادته إلى مادته الخام ليصنع منها آخر، ومصنوع ليس كذلك، يقول الدردير: «ومعنى كلامه: أن ما وجد صانعاً شرع عمل تور مثلاً فاشتراه منه جزافاً بثمن معلوم على أن يكمله له جاز، فإن اشتراه على الوزن لم يضمنه مشتريه إلَّا بالقبض، وهذا بخلاف شراء ثوب ليكمل فيصنع... لإمكان إعادة التور إن جاء على خلاف الصفة المشترطة أو المعتادة بخلاف الثوب إلَّا أن يكون عنده غزل يعمل منه غيره إذا جاء على غير الصفة»[2].

وهذا النص يدل على أن الأساس هنا في الجواز وعدمه هو مدى صلاحية كون المادة الخام لأن يصنع منها المطلوب، ولأن تعاد مرة أخرى ليصنع منها المطلوب مرة أخرى، أو وجود كمية إضافية ليصنع منها آخر حسب الوصف المطلوب.

ومن هنا فالمصنوعات الحديثة التي تقوم بصنعها المكائن حسب قوالب محددة غير مختلفة فلا إشكال في جوازها.

وكذلك فرق المالكية بين الشراء من دائم العمل ـ أي: محترف الصنعة ـ كالخباز وغيره، حيث أجازوا شراء ما يصنع دون تعينه؛ أي: يكون الصانع معيناً، دون المصنوع منه واعتبروه بيعاً، بينما يعتبر سلماً إذا كان الصانع غير محترف أو على حسب تعبيرهم (غير دائم العمل) حيث يكون ديناً في الذمة كعقد على قنطار خبزى يؤخذ من المسلم إليه بعد شهر يحدد قدره وصفته.

---

(١) الشرح الكبير مع الدسوقي (٣/ ٢١٥ ـ ٢١٦).
(٢) المصدر السابق نفسه.

لكن المالكية جعلوا استصناع السيف والسرج سلماً سواء كان الصانع المعقود عليه دائم العمل أم لا، يقول الدردير: «والحاصل أن دائم العمل حقيقة أو حكماً إن نصب نفسه على أن يؤخذ منه كل يوم مثلاً ما نصب نفسه له من وزن أو كيل أو عدد، كالخباز، واللبان، والجزار، والبقال يمكن فيه البيع تارة، والسلم أخرى بشروطه، وإلا ـ (أي: إن لم يكن دائم العمل ولا غالبه بأن كان انقطاعه أكثر، أو تساوى عمله مع انقطاعه) ـ فالسلم بشروطه كالحداد، والنجار، والخباز»[1]، والدليل على جواز ذلك عمل أهل المدينة[2].

ثمَّ إن المالكية مختلفون في أن تعيين المصنوع منه هل يفسد السلم؟ فذهب ابن القاسم إلى أن تعيين المصنوع منه يفسد السلم كأن يقول: اعمل لي من هذا الحديد بعينه، أو من هذا الخشب بعينه؛ لأنه حينئذ لا يكون ديناً في ذمته وبالتالي لا يكون سلماً.

وذهب أشهب إلى جواز أن يكون المصنوع منه معيناً في السلم[3]، وذلك لأن تعيين المصنوع منه لا يضر بطبيعة السلم في نظره، ولا يوجد نص يمنع ذلك.

الاستصناع بين الاستقلال والاتباع:

ثار خلاف بين الفقهاء، فذهب جماعة منهم إلى أن الاستصناع عقد

---

(١) الشرح الكبير مع الدسوقي (٣/ ٢١٦ ـ ٢١٧).

(٢) جاء في المدونة: «قال مالك: ولقد حدثني عبد الرحمٰن بن المجبر عن سالم بن عبد الله قال: كنا نبتاع اللحم كذا رطلاً بدينار نأخذ كل يوم كذا وكذا، والثمن إلى العطاء، فلم ير أحد ذلك ديناً بدين، ولم يروا به بأساً» ـ المدونة (٣/ ٢٩٠). ويراجع مواهب الجليل (٤/ ٥٣٨)، وتبيين المسالك، ط دار الغرب الإسلامي (٣/ ٤٥٥).

(٣) الشرح الكبير مع الدسوقي (٣/ ٢١٦ ـ ٢١٧).

تابع وداخل في أحد العقود المشهورة المتفق عليه، وهؤلاء اختلفوا على ضوء ما يأتي:

١ ـ هل هو سَلَم؟

هذه المسألة هي مثار خلاف كبير بين الفقهاء، فذهب جمهور الفقهاء (المالكية على تفصيل والشافعية والحنابلة) إلى أن الاستصناع داخل في باب السلم، ولذلك يخضع لشروطه وضوابطه من تسليم الثمن في المجلس عند الجمهور أو خلال ثلاثة أيام عند المالكية وغير ذلك من شروط السلم.

ومن هنا لم يعترف هؤلاء بالاستصناع كعقد مستقل، وإنما أدخلوه في السلم، ولذلك ذكروه في باب السلم، جاء في المدونة: باب السلف في الصناعات: قلت «ما قول مالك في رجل استصنع طشتاً، أو توراً أو قمقماً، أو خفين، أو لبداً، أو استنحت سرجاً، أو قارورة، أو قدحاً، أو شيئاً مما يعمل الناس في أسواقهم من آنيتهم، أو أمتعتهم التي يستعملون في أسواقهم عند الصناع فاستعمل من ذلك شيئاً موصوفاً، وضرب لذلك أجلاً بعيداً، وجعل لرأس المال أجلاً بعيداً، أيكون هذا سلفاً أو تفسده؛ لأنه ضرب لرأس المال أجلاً بعيداً، أم لا يكون سلفاً، ويكون بيعاً من البيوع في قول مالك ويجوز؟

قال: أرى في هذا أنه إذا ضرب للسلعة التي استعملها أجلاً بعيداً، وجعل ذلك مضموناً على الذي يعملها بصفة معلومة وليس من شيء بعينه يريه يعمله منه، ولم يشترط أن يعمله رجل بعينه، وقدم رأس المال، أو دفع رأس المال بعد يوم أو يومين، ولم يضرب لرأس المال أجلاً فهذا السلف جائز، وهو لازم للذي عليه، يأتي به إذا حل الأجل على صفة ما وصفا.

قلت: وإن ضرب لرأس المال أجلاً بعيداً، والمسألة على حالها فسد وصار ديناً في دين في قول مالك؟

قال: نعم.

قلت: وإن لم يضرب لرأس المال أجلاً، واشترط أن يعمله هو نفسه، أو اشترط عمل رجل بعينه؟

قال: لا يكون هذا سلفاً؛ لأن هذا رجل سلف في دين مضمون على هذا الرجل، وشرط عليه عمل نفسه، وقدم نقده، فهو لا يدري أيسلم هذا الرجل إلى ذلك الأجل فيعمله له أم لا، فهذا من الغرر، وهو إن سلم عمله له وإن لم يسلم ومات قبل الأجل بطل سلف هذا فيكون الذي أسلف إليه قد انتفع بذهبه باطلاً.

قلت: لم؟

قال: لأنه لا يدري أيسلم ذلك الحديد أو الطواهر، أو الخشب إلى ذلك الأجل أم لا، ولا يكون السلف في شيء بعينه، فلذلك لا يجوز في قول مالك»[١].

هذا هو نص المدونة نقلناه بطوله لأهميته حيث يدل بوضوح على أن الاستصناع إنما يصح إذا توافرت فيه شروط السلم وضوابطه.

جاء في حاشية الدسوقي تفصيل أكثر وهو: «وصورته: وجدت نحاساً يعمل طشتاً، أو حلة، أو توراً، أو غير ذلك، فقلت له: كمله لي على صفة كذا بدينار فيجوز إن شرع في تكميله بالفعل. . . » إلى آخر النص[٢].

والتحقيق أن المالكية جعلوا إحدى صور الاستصناع سلماً، وبقية صوره الثلاث إما من باب البيع والإجارة ـ كما في النوع الثَّاني، والثَّالث، وإما باطل كما في النوع الرَّابع ـ كما سبق ـ، كما جعلوا بعض صوره بيعاً ـ كما سيأتي ـ.

---

(١) المدونة الكبرى لإمام دار الهجرة الإمام مالك، ط السعادة ١٣٢٣هـ ـ القاهرة (٩/ ١٨ ـ ١٩).

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ط عيسى الحلبي (٣/ ٢١٥ ـ ٢١٦).

وقد علَّق العلامة الدسوقي على النوع الذي قيل: إنه من باب البيع والإجارة فقال: وأنت إذا أمعنت النظر وجدته له شبه بالسلم نظراً للمعدوم في حال العقد، وله شبه بالبيع نظراً للموجود، وليست من اجتماع البيع والإجارة، ولكن أقرب ما يتمشى عليه كلام المصنف قول أشهب الذي يجيز تعيين المعمول منه[1]، وحينئذ يكون سلماً على قول أشهب.

وكذلك الأمر عند الشافعية والحنابلة حيث أدخلوا الاستصناع في باب السلم أيضاً؛ حيث يقول الشافعي في كتاب السلم: «ولا بأس أن يسلفه في طست، أو تور من نحاس أحمر، أو أبيض... أو رصاص... أو حديد، ويشترطه بسعة معروفة، ومضروباً، أو مفرغاً، وبصنعة معروفة وبصفة بالتخانة، أو الرقة، ويضرب له أجلاً كهو في الثياب وإذا جاء به على ما يقع عليه اسم الصفة، أو الشرط لزمه ولم يكن له رده، وكذلك كل إناء من جنس واحد ضبطت صفته فهو كالطست... ولا يجوز فيه الإذن إلَّا أن يدفع ثمنه، وهذا شراء صفة مضمونة فلا يجوز فيها إلَّا أن يدفع ثمنها، وتكون على ما وصفت»، وأجاز الشافعية الاستصناع سواء، كان حالًّا أم مؤجلاً لأنه سلم[2].

وقد وضع الإمام الشافعي ضابطة في جواز السلم تكمن في ضبط أوصاف المسلم فيه وكون هذه الأوصاف مما يمكن تحقيقها ومعرفتها. ولذلك لم يجز السلم في شيئين مختلطين، مثل أن يشترط أن يعمل له طستاً من نحاس وحديد؛ وذلك؛ لأنهما لا يخلصان فيعرف قدر كل واحد

---

(١) المصدر السابق نفسه.

(٢) روضة الطالبين، ط المكتب الإسلامي (٤/٧) جاء فيه: «يصح السلم الحال، كالمؤجل، فإن صرح بحلول، أو تأجيل فذاك، وإن أطلق فوجهان، وقيل: قولان، أصحهما عند الجمهور: يصح، ويكون حالًّا».

منهما[1]، وعلى ضوء ذلك إذا أمكن معرفته بدقة ـ كما يحدث اليوم في المصانع التي تضبط المواصفات، والمقادير بدقة ـ يكون الحكم الجواز، غير أن لازم المذهب ليس بمذهب.

كذلك يذكر الحنابلة موضوع الاستصناع في باب السلم، قال ابن قدامة: «قال القاضي: والذي يجمع أخلاطاً على أربعة أضرب» ثمَّ ذكر ضمن النوع الأوَّل الثياب المنسوجة من قطن وكتان، ثمَّ ذكر كيفية ضبط الثياب، وضبط النحاس، والرصاص والحديد، والخشب وهكذا[2].

وجاء في مطالب أولي النهى، في باب السلم: «ويصح ـ أي: السلم ـ فيما يجمع أخلاطاً متميزة كثوب نسج من نوعين كقطن وكتان، أو إبريسم وقطن، لإمكان ضبطها بصفة لا يختلف ثمنها معها غالباً»[3].

وأما الحنفية فقد فرقوا بين نوعي الاستصناع، حيث جعلوا أحدهما سلماً، جاء في الدر المختار وحاشيته: والاستصناع بأجل؛ مثل شهر وما فوقه سلم، فتعتبر شرائطه، جرى فيه تعامل كخف وطست ونحوهما، أم لا كالثياب ونحوها. هذا عند أبي حنيفة.

أما الصاحبان فقالا: إن ما جرى فيه تعاملٌ استصناعٌ؛ لأن اللفظ حقيقة للاستصناع فيحافظ على قضيته، وحينئذ يحمل الأجل على التعجيل بخلاف ما لا تعامل فيه لأنه استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح.

بينما قال الإمام أبو حنيفة: إن النوع الأوَّل أيضاً سلم؛ لأنه دين يحتمل السلم، وهو ثابت بالإجماع، بينما الاستصناع فيه خلاف فكان الحمل على السلم أولى.

---

(١) الأم، ط دار المعرفة بيروت (٣/ ١٣١)، ويراجع: الغاية القصوى للبيضاوي، بتحقيق علي القره داغي (١/ ٤٩٦)، والمحلي مع حاشيتي القليوبي وعميرة، ط عيسى الحلبي (٢/ ٢٥٤). وروضة الطالبين، ط المكتب الإسلامي (٤/ ٢٧).

(٢) المغني لابن قدامة، ط الرياض (٤/ ٣١٠ ـ ٣١٦)، ويراجع: الفروع (٤/ ٢٤).

(٣) مطالب أولي النهى (٣/ ٣١٠).

وأما إذا كان الأجل أقل من شهر فهو استصناع باتفاقهم ما دام فيما جرى فيه عمل وصنعة[1].

٢ ـ الاستصناع بيع:

ذكر المالكية عدَّة صور للاستصناع ـ كما سبق ـ وجعلوا إحداها من باب البيع، وهي ما إذا طلب شخص من النَّحَّاس ـ مثلاً ـ أن يصنع من نحاسه المعين توراً ـ أي: طشتاً ـ قال العلامة الدردير: «إنما هو بيع معين يشترط فيه الشروع ولو حكماً، فهو من أفراد قوله: وإن اشترى المعمول منه، واستأجره جاز إن شرع، ويضمنه مشتريه بالعقد»[2].

ولكن العلامة الدسوقي قال: «واعترضه شيخنا بأن بينهما فرقاً؛ لأنه هنا وقع العقد على المصنوع، ولم يدخل المعمول منه في ملك المشتري، والآتية دخل في ملكه المعمول منه بالعقد عليه ثمَّ استأجره»[3].

وذكر المالكية بعض الصور التي هي فيها صنعة لكنها تدخل في البيع، منها: جواز أن يشتري شخص من دائم العمل أو غالبه ـ ككون البائع من أهل حرفة وذلك الشيء لتيسره عنده ـ وكان الصانع معيناً دون المصنوع منه، فأشبه المعقود عليه المعين، وذلك مثل الخبازة والجزارة بنقد وبغيره، وكذلك لا يشترط فيه تعجيل رأس المال، ولا تأجيل المثمن؛ لأنه بيع وهو لا يشترط فيه واحد من الأمرين، وإنما يشترط الشروع في الأخذ حقيقة أو حكماً، بأن يؤخر الشروع في الأخذ خلال خمسة عشر يوماً، حيث أجازوا التأخير لنصف شهر[4].

يقول العلامة الدسوقي معلقاً على هذا النوع: «إنهم نزلوا دوام العمل

---

(١) حاشية رد المحتار على الدر المختار (٤/ ٢١٢).
(٢) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/ ٢١٦).
(٣) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/ ٢١٦).
(٤) الشرح الكبير، مع الدسوقي (٣/ ٢١٦)، ويراجع شرح الخرشي (٥/ ٢٢٥).

منزلة تعين المبيع، وذكر العلامة الدردير مثالين لتطبيق ذلك فقال: «والشراء إما بجملة يأخذها مفرقة على أيام كقنطار بكذا كل يوم رطلين»... والمثال الثَّاني هو أن يعقد معه على أن يشتري منه كل يوم عدداً معيناً، قال الدردير: «وليس لأحدهما الفسخ في الصورة الأولى دون الثَّانية» حيث البيع فيها جائز غير لازم فلكل واحد منهما في الصورة الثَّانية حق الفسخ»[1].

فالمالكية أيضاً أجازوا شراء مصنوع ـ من نحاس ونحوه ـ لم يكتمل صنعه جزافاً بثمن معلوم على أن يكمله له، بينما منعوا مثل ذلك في ثوب من نسيج إلَّا إذا كان عنده غزل يعمل منه غيره إذا جاء على غير الصفة، قال الدردير: «إن ما وجد صانعاً شرع في عمل تور مثلاً فاشتراه منه جزافاً بثمن معلوم على أن يكمله له جاز، فإن اشتراه على الوزن لم يضمنه مشتريه إلَّا بالقبض، وهذا بخلاف شراء ثوب ليكمل فيمنع... لإمكان إعادة التور إن جاء على خلاف الصفة المشترطة أو المعتادة، بخلاف الثوب إلَّا أن يكون عنده غزل يعمل منه غيره إذا جاء على غير الصفة»[2].

إذن فالسبب وراء الجواز هو قدرة البائع على الوفاء بأداء ما التزم به حسب المواصفات التي طلبت منه.

وهذا الكلام يفيدنا جدًّا في عصرنا الحاضر حيث القدرة على التحكم في المواصفات متحققة.

وذهب بعض الحنفية إلى أن الاستصناع بيع ملزم للطرفين، وذهب بعضهم الآخر إلى أنه بيع ولكنه للمشتري فيه حق الخيار، قال الكاساني: «وهو الصحيح»[3]، ثمَّ اختلفوا في أن المبيع هل هو العين، أم عمله[4]؟

---

(١) نفس المصدر السابق.
(٢) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/ ٢١٦).
(٣) بدائع الصنائع (٦/ ٢٦٧٧).
(٤) حاشية ابن عابدين (٤/ ٢١٣).

٣ ـ الاستصناع بيع وإجارة:

أدخل المالكية بعض صور الاستصناع في باب البيع والإجارة حيث ذكر ابن رشد صورتين واعتبرهما من هذا الباب، وهما:

١ ـ أن يشترط المسلم عمل من استعمله، ويُعيّن ما يعمل منه:

حيث قال: «وهذا ليس بسلم، وإنما هو من باب البيع والإجارة في الشيء المبيع، فإن كان يعرف وجه خروج ذلك الشيء من العمل، أو تمكن بإعادته للعمل، أو عمل غيره من الشيء المعين منه العمل فيجوز على أن يشرع في العمل، وعلى أن يؤخر الشروع فيه بشرط ما بينه وبين ثلاثة أيام، أو نحو ذلك، فإن كان على أن يشرع في العمل جاز ذلك بشرط تعجيل النقد وتأخيره، وإن كان على أن يتأخر الشروع في العمل إلى الثلاثة أيام ونحوها لم يجز تعجيل النقد بشرط حتى يشرع في العمل»[(١)].

٢ ـ أن لا يشترط عمل من استعمله، ويعين ما يعمل منه:

قال ابن رشد «فهو أيضاً من باب البيع والإجارة في المبيع، إلَّا أنه يجوز على تعجيل العمل وتأخيره إلى نحو ثلاثة أيام بتعجيل النقد وتأخيره»[(٢)].

الاستصناع إجارة ابتداء وبيع انتهاء:

وذهب بعض الحنفية إلى أن الاستصناع إجارة ابتداء، وبيع انتهاء، جاء في الذخيرة: «هو إجارة ابتداء، وبيع انتهاء لكن قبل التسليم، لا عند التسليم؛ بدليل أنهم قالوا: إذا مات الصانع يبطل ولا يستوفي المصنوع من تركته، ذكره محمد في كتاب البيوع»[(٣)].

---

(١) المقدمات والممهدات (٢/ ٣٢).

(٢) فتح القدير، ط مصطفى الحلبي (٧/ ١١٦).

(٣) المحيط البرهاني، مخطوطة مكتبة الأوقاف العامة ج ٢، ورقة ٥٧٥.

وقد شرح صاحب المحيط البرهاني هذه المسألة في كتابه القيم (المخطوط) شرحاً رائعاً حيث قال: «ثم كيف ينعقد معاقدة؟» نقول: ينعقد إجارة ابتداءً، ويصير بيعاً انتهاءً متى سلم قبل التسليم فباعه، بدليل أنهم قالوا: بأن الصانع إذا مات قبل تسليم العمل بطل الاستصناع ولا يستوفي المصنوع من تركته. ولو انعقد بيعاً ابتداءً وانتهاءً؛ لم يبطل بموته كما في بيع العين.. والسلم.

وقال محمد: إن أتى به الصانع كان المستصنع بالخيار؛ لأنه اشترى شيئاً لم يره، ولو انعقد إجارة ابتداءً وانتهاءً لم يكن له خيار الرؤية كما في الخيَّاط والصبَّاغ، ولو كان ينعقد بيعاً عند التسليم لا قبله بساعة لم يثبت خيار الرؤية لأنه يكون مشترياً ما رآه، وخيار الرؤية لا يثبت في المشتري، فعلمنا أنه ينعقد إجارة ابتداء، وإن كان القياس يأباه؛ لأنه إجارة على عمل في ملك الآخر، ثمَّ يصير بيعاً انتهاءً قبل التسليم بساعة، وإن كان القياس يأبى أن تصير الإجارة بيعاً لكنا تركنا القياس في الكل، لمكان التعامل.

والمعنى في ذلك أن المستصنع طلب منه العمل والعين جميعاً فلا بد من اعتبارهما جميعاً، واعتبارهما جميعاً في حالة واحدة متعذرة لأن بين الإجارة والبيع تنافياً فجوّزناها إجارة ابتداء؛ لأن عدم المعقود عليه لا يمنع انعقاد الإجارة ويمنع انعقاد البيع فاعتبرناها إجارة ابتداء، وجعلناها بيعاً قبل التسليم.. كما فعلنا هكذا في الهبة بشرط العوض، اعتبرناها تبرعاً ابتداءً عملاً باللفظ، وبيعاً انتهاء عملاً بالمعنى لذلك قلنا: لو مات قبل التسليم يبطل كالإجارة، ومتى سلم كان المستصنع بالخيار؛ لأنه اشترى ما لم يره»[1].

---

(١) شرح العناية على الهداية، مع فتح القدير (٧/ ١١٦).

٤ ـ الاستصناع إجارة محضة؟

ذكر هذا الرأي أو الاحتمال صاحب العناية وردّ عليه حيث قال: فإن قيل: أي فرق بين هذا وبين الصباغ، فإن في الصبغ العمل والعين، كما في الاستصناع وذلك إجارة محضة؟

أُجيب: بأن الصبغ أصل، والصبغ آلته، فكان المقصود منه العمل، وذلك إجارة وردت على العمل في عين المستأجر، وها هنا الأصل هو العين المستصنع المملوك للصانع فيكون بيعاً، ولما لم يكن له وجود من حيث وصفه إلَّا بالعمل أشبه الإجارة في حكم واحد لا غير»[١].

٥ ـ الاستصناع مواعدة (أي: وعد من الطَّرفين وليس عقداً):

ذهب بعض الحنفية إلى أن الاستصناع مواعدة من الطَّرفين أولاً، ثمَّ حينما يكمل الصانع المصنوع ويسلمه إلى المصنوع له يصبح بيعاً بالتعاطي، وعلى ضوء ذلك لا يكون عقداً ملزماً للطرفين إلَّا بعد التسليم والرضاء به، بل يكون لهما الخيار؛ جاء في المحيط البرهاني في رده على كون الاستصناع مواعدة: «إذا جاز استحساناً فإنما يجوز معاقدة لا مواعدة بدليل أن محمداً رحمه الله ذكر فيه القياس والاستحسان، ولو كان مواعدة». . لما احتاج إلى ذلك «وأن محمداً قال في الكتاب: إذا فرغ الصانع من العمل وأتى به كان المستصنع بالخيار؛ لأنه اشترى ما لم يره، فقد سمّاه شراء، وكذلك قال: إذا قبض الأجر فإنه يملك ولو كانت مواعدة لا معاقدة لكان لا يصير الأجر ملكاً له. فدل أنها تنعقد معاقدة لا مواعدة»[٢].

---

(١) المحيط البرهاني، مخطوطة مكتبة الأوقاف العامة ج ٢، ورقة ٥٧٥.

(٢) الدسوقي على الشرح الكبير (٣/ ٢١٦).

٦ ـ الاستصناع له شبه بالسلم والبيع:

جعل المالكية إحدى صور الاستصناع من هذا الباب، وهي ما إذا عيَّن الشخص المصنوع منه والصانع ويطلب منه أن يصنع من نحاسه شيئاً معيناً موصوفاً، قال الدسوقي: «وأنت إذا أمعنت النظر وجدتها لها شبه بالسلم نظراً للمعدوم في حال العقد، ولها شبه بالبيع نظراً للموجود، وليست من اجتماع البيع والإجارة»[١].

وهذا الرأي يقرب من القول باستقلالية الاستصناع، حيث إنه ليس مثل السلم في كل الوجوه، ولا مثل البيع في كل الوجوه، وحينئذ يكون عقداً خاصاً.

٧ ـ هل هو جعالة؟

الجعالة ـ كما لا يخفى ـ هي عبارة عن إلزام عوض معلوم على عمل معين. أو مجهول عسر علمه، وهي عقد على عمل، وهو عقد غير لازم قبل الإتيان بالشيء المطلوب[٢] مثل أن يقول: من رد بعيري فله كذا.

وجاء في الموسوعة الفقهية: «الجعالة تتفق مع الاستصناع في أنهما عقدان شرطا فيها العمل، ويفترقان في أن الجعالة عامة في الصناعات وغيرها، إلَّا أن الاستصناع خاص في الصناعات، كما أن الجعالة العمل فيها قد يكون معلوماً، وقد يكون مجهولاً، في حين أن الاستصناع لا بد أن يكون معلوماً»[٣].

وكذلك يفترقان في المحل المعقود عليه، حيث هو في الاستصناع عين وعمل، وفي الجعالة له عمل محض فقط.

---

(١) البجيرمي على شرح الخطيب (٣/ ٢٣٨)، والكتب الفقهية في باب الجعالة، والموسوعة الفقهية (٣/ ٣٢٦).

(٢) الموسوعة الفقهية (٣/ ٣٢٦).

(٣) المصادر الحنفية السابقة كلها.

٨ ـ الاستصناع عقد مستقل:

الاستصناع عقد مستقل له أركانه وشروطه وأحكامه وآثاره الخاصة، وهذا رأي الحنفية ـ من حيث المبدأ ـ عدا زفر[١].

المناقشة والترجيح:

يمكن أن نناقش الأقوال السابقة بما يأتي:

أوَّلاً: إن الذين قالوا: إنه بيع، اعترف أكثرهم بنوع من التغاير بينه وبين البيع، فمثلاً قالوا: إن الاستصناع يخالف البيع في: اشتراط العمل في الاستصناع دون البيع، وفي إثبات خيار الرؤية عند بعضهم في الأوَّل[٢].

ثمَّ إن الاستصناع لو كان بيعاً لما بطل بموت أحد العاقدين عند الحنفية، كما أن الاستصناع بيع للمعدوم وهو لا يجوز كما يقولون[٣].

نعم إن هؤلاء حاولوا الإجابة عن هذه الاعتراضات، ولكن إجاباتهم أيضاً تحمل في طياتها الاعتراف بوجود شبه للاستصناع بغيره، فمثلاً: قالوا في سبب بطلانه بموت أحد العاقدين: إن له شبهاً بالإجارة[٤].

ثمَّ إن أكثر الحنفية القدماء لم يجعلوا لعقد الاستصناع اللزوم، بل اعتبروه من العقود الجائزة (غير الملزمة للطرفين قبل العمل وبعده)، وحينئذ كيف يكون بيعاً؟ نعم، لو توافرت فيه شروط السلم، أصبح حينئذ عقداً لازماً؛ لأنه سلم[٥].

---

(١) بدائع الصنائع (٦/ ٢٦٧٧)، والمبسوط (١٥/ ٨٤)، وابن عابدين (٤/ ٢١٢ ـ ٢١٣)، وفتح القدير (٧/ ١١٦ ـ ١١٧)، ويراجع: كاسب عبد الكريم: عقد الاستصناع، ط دار الدعوة بالإسكندرية (ص١٢٨ ـ ١٣٠).

(٢) نفس المصدر السابق.

(٣) نفس المصدر السابق.

(٤) ابن عابدين (٤/ ٢١٣)، والمصادر السابقة.

(٥) فتح القدير (٧/ ١١٥).

وقال ابن الهمام: «ولا بيعاً لأنه بيع معدوم» على غير شروط السلم، غير أنه أجيز استحساناً[(١)].

ثانياً: الذين جعلوا الاستصناع إجارة يرد عليهم بوجود فرق كبير بينهما، فالاستصناع وارد على العين والعمل، بينما الإجارة وارد على العمل فقط، وحتى في الاستئجار على الصبغ أن محله الصبغ (أي: عمل الصبَّاغ)، والصبغ مادته وآلته، فكان المقصود فيه هو العمل فلم يخرج عن إطار الإجارة التي ترد على العمل في عين يملكها المستأجر.

أما الاستصناع فالأصل المقصود فيه هو العين المستصنعة المملوكة للصانع. فيكون ما حدث بين الصانع والمستصنع قريباً من البيع[(٢)]، ولكنه ليس بيعاً ـ كما سبق ـ وإنما له شبه به، وبالإجارة في وجود العمل، قال ابن الهمام: «إذ لا يمكن أن يكون ـ أي: الاستصناع ـ إجارة؛ لأنه استئجار على العمل في ملك الأجير، وذلك لا يجوز، كما لو قال: احمل طعامك من هذا المكان إلى مكان كذا بكذا، أو اصبغ ثوبك أحمر بكذا، لا يصح»[(٣)].

وقد فرَّق السرخسي بين الاستئجار للصناعة، وبين الاستصناع فقال: «الاستئجار للصناعة هو: بيع عمل، العين فيه تبع»، ثمَّ ضرب مثلاً فقال: «إذا أسلم حديداً إلى حداد ليصنعه إناء مسمى بأجر مسمى... فإنه جائز، ولا خيار فيه إذا كان مثل ما سمى؛ لأن إثبات الخيار للفسخ ليعود إليه رأس ماله فيندفع الضرر به وذلك لا يتأتى هنا، فإنه بعد اتصال عمله بالحديد لا وجه لفسخ العقد فيه، فأما في الاستصناع: المعقود عليه العين، وفسخ

---

(١) بحث الإجارة في الموسوعة الفقهية الكويتية (١/ ٢٥٢)، وبحث الاستصناع (٢/ ٢٢٦)، يراجع د. كاسب عبد الكريم، المرجع السابق (ص١٣١ ـ ١٣٢).
(٢) فتح القدير (٧/ ١١٤ ـ ١١٥).
(٣) المبسوط (٥/ ٨٤ ـ ٨٥).

العقد فيه ممكن؛ فلهذا ثبت خيار الرؤية فيه، ولأن الحداد هناك يلتزم العمل بالعقد في ذمته، ولا يثبت خيار الرؤية فيما يكون محله الذمة كالمسلم فيه[1].

ثالثاً: إن الذين قالوا: إنه مواعدة ـ وهم قلة ـ رد عليهم عامة فقهاء الحنفية فقالوا: إن الاستصناع يختلف عن المواعدة في كثير من الأمور، منها: أن محمداً (صاحب أبي حنيفة) ذكر في جوازه القياس والاستحسان، وذلك لا يكون في إثبات العِدات. ومنها: أنه أثبت فيه خيار الرؤية وهذا أيضاً يختص بالبياعات. ومنها: أنه يجري فيه التقاضي، وإنما يتقاضى في الواجب، لا الموعود، ومنها: أن الاستصناع خاص بما تجري فيه الصنعة، والمواعدة تجوز في كل شيء. وقد سبق رد المحيط البرهاني على هذا القول[2].

رابعاً: إن الذين أدخلوا الاستصناع في السلم (وحينئذ تشترط فيه شروطه) فهؤلاء في الواقع لا يعترفون به أبداً، وإنما الاعتراف بالسلم وأنواعه، وحينئذ يرد عليهم بالأدلة الدالة على مشروعية الاستصناع من السنَّة والاستحسان. إضافة إلى فروق جوهرية بينهما، فالمعقود عليه في السلم هو الشيء المبيع في الذمة. أما في الاستصناع فهو العين والعمل كما سبق.

خامساً: إن القائلين بأن الاستصناع بيع اختلفوا في محل العقد بشكل يدل بوضوح على الاضطراب وعدم وضوح فكرة البيع فيه، يقول الكاساني: «ثم اختلفت عباراتهم عن هذا النوع من البيع، قال بعضهم: هو عقد على مبيع في الذمة. وقال بعضهم: هو عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل.

---

(١) المحيط البرهاني، مخطوطة مكتبة الأوقاف ج ٢، ورقة ٥٧٥.

(٢) بدائع الصنائع (٦/ ٢٦٧٧).

وجه القول الأوَّل:

إن الصانع لو أحضر عيناً كان عملها قبل العقد ورضي به المستصنع لجاز، ولو كان شرط العمل من نفس العقد لما جاز؛ لأن الشرط يقع على عمل في المستقبل لا في الماضي. **والصحيح هو القول الأخير**؛ لأن الاستصناع: «طلب الصنع»، فما لم يُشترط فيه العمل لا يكون استصناعاً، فكان مأخذ الاسم دليلاً عليه؛ ولأن العقد على مبيع في الذمة يُسمى سلماً، وهذا العقد يسمى استصناعاً، واختلاف الأسامي دليل على اختلاف المعاني في الأصل. وأما إذا أتى الصانع بعين صنعها قبل العقد، ورضي به المستصنع فإنما جاز لا بالعقد الأوَّل، بل بعقد آخر وهو التعاطي بتراضيهما[1].

كل هذه الاختلافات تدل بوضوح على أن عقد الاستصناع له شبه ببعض العقود، ولكنه ليس هو ذلك العقد، وإنما هو عقد مستقل، كما سنوضح ذلك آنفاً.

الترجيح:

وقبل أن نقوم بعملية الترجيح أرى من الضروري تحرير محل النزاع، وإجراء نوع من التفصيل وتنقيح المناط.

وذلك لأن كثيراً من المسائل المختلفة قد حشرت تحت لواء «الاستصناع» بحيث نرى أن كل مسألة في باب البيع، أو الإجارة، أو السلم فيها صنعة أو استصناع لغوي أدخلت في باب الاستصناع؛ ولذلك نرى من الضروري حصر الاستصناع في مفهومه الخاص بحيث لا يكون فيه خلط أو التباس بغيره. كذلك ينبغي إبعاد المسائل ـ التي هي مندرجة أساساً تحت عقد خاص ـ عن الاستصناع، ولذلك، إذا صيغ عقد الاستصناع على أساس

---

(١) بدائع الصنائع (٦/ ٢٦٧٧).

مواصفات السلم وتوافرت فيه شروطه، فإنه حينئذ سلم؛ لأن العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني، لا بالألفاظ والمباني، ولذلك لو قال: وهبتك هذا الثوب بعشرة دنانير كان بيعاً.

وهكذا الأمر هنا فلو طلب شخص من آخر أن يُصنع ـ بضم الياء ـ له مصنوع موصوف في الذمة، ولم يحدد الشخص ولا الشيء المصنوع منه بعينه، فهذا سلم يجب فيه دفع الثمن في المجلس عند الجمهور أو خلال ثلاثة أيام عند المالكية. وحتى لو سمي استصناعاً فهو من الناحية اللغوية، وحينما يكون سلماً يكون ملزماً للطرفين، ويشترط فيه شروط السلم.

وكذلك الأمر حينما يكون المصنوع جاهزاً فيأتي به الصانع فيبيعه، أو يكون غائباً فيقع عليه العقد، وحينئذٍ يكون بيعاً للغائب الذي لم يره فيكون له حق خيار الرؤية، وإذا كان قد باعه على الصفة فيكون له الخيار إذا تخلف المصنوع عن الصفات التي ذكرها.

وكذلك الحكم فيما لو صيغ العقد على أساس الإجارة بأن يأتي شخص بكمية من الحديد، ويستأجر الصانع أن يصنع له منه سيفاً أو نحو ذلك، فهذا إجارة ويصبح الصانع أجيراً، ويشترط فيه شروط الإجارة، ويصبح ملزماً للطرفين، وكذلك الأمر حينما يُصاغ على صورة الجُعالة أو نحوها.

ولذلك يقول الكاساني: «وأما إذا أتى الصانع بعين صنعها قبل العقد ورضي به المستصنع، فإنما جاز لا بالعقد الأوَّل بل بعقد آخر، وهو التعاقد بتراضيهما»[1].

ويقول أيضاً: فإن سلم إلى حداد حديداً ليعمل له إناء معلوماً بأجر معلوم، أو جلداً إلى خفاف ليعمل له خفًّا معلوماً بأجر معلوم فذلك جائز، ولا خيار فيه لأن هذا ليس باستصناع بل هو استئجار فكان جائزاً، فإن عمل

---

(١) بدائع الصنائع (٦/ ٢٦٨١).

كما أمر استحق الأجر، وإن فسَدَ فله أن يضمنه حديداً مثله؛ لأنه لما أفسده فكأنه أخذ حديداً له واتخذ منه آنية من غير إذنه. والإناء للصانع لأن المضمونات تملك بالضمان»(١).

وإذا كان الأمر كذلك فلا ينبغي الخلط، وإنما يجب الحكم على هذه المسائل التي ذكرت مع الاستصناع على ضوء العقود التي تندرج فيها تلك.

وبعد هذا التحرير والتفصيل نقول: «إن الاستصناع (الذي هو عقد خاص مستقل) هو ما إذا طلب المستصنع من الصانع صنع شيء معين موصوف في الذمة خلال فترة محددة قصيرة أم طويلة، وسواء كان المستصنع عين المصنوع منه بذاته أم لا، وسواء كان المصنوع منه موجوداً أثناء العقد أم لا.

وبعبارة موجزة: إن محل عقد الاستصناع هو العمل والعين من الصانع.

فهذا العقد بهذه الصورة ليس بيعاً ولا إجارة، ولا سلماً ولا غيرها، وإنما هو عقد مستقل له شروطه الخاصة به، وخصائصه وآثاره الخاصة به، ولا ينبغي صهره في بوتقة عقد آخر، يقول الإمام السرخسي: «اعلم أن البيوع أربعة: بيع عين بثمن.. وبيع دين في الذمة بثمن وهو السلم.. وبيع عمل.. العين فيه تبع وهو الاستئجار للصناعة ونحوها.. فالمعقود عليه الوصف الذي يحدث في المحل بعمل العامل.. والعين هو الصبغ تبع فيه.. وبيع عين شرط فيه العمل.. وهو الاستصناع فالمستصنع فيه مبيع عين»(٢).

فهذا النص واضح جدًّا في الدلالة على أن الاستصناع مثل السلم والإجارة، فكما أنهما مستقلان، فكذلك الاستصناع وإن كان لفظ البيع (بعمومه اللفظي) يشمل الجميع.

---

(١) المبسوط (١٥/ ٨٤ ـ ٨٥).

(٢) المحيط البرهاني، مخطوطة مكتبة الأوقاف ج ٢، ورقة ٥٧٥.

وعلى ضوء ذلك فالاستصناع عقد مستقل خاص، محله العمل والعين معاً، وبذلك يمتاز عن البيع الذي محله العين، وعن الإجارة التي محلها العمل، وعن السلم الذي محله هو الذمة، أو العين الموصوفة في الذمة.

إضافة إلى ملاحظة كل هذه الفروق التي ذكرناها عند مناقشتنا للأقوال السابقة، جاء في المحيط البرهاني: «إن المستصنع طلب منه العمل والعين جميعاً فلا بدَّ من اعتبارهما جميعاً»[1].

هل يجوز إحداث عقد جديد؟

هذه المسألة تسمى بمدى الحرية التعاقدية في الفقه الإسلامي، وقد اختلف فيها الفقهاء، فذهب جمهور الفقهاء ـ كما حققناه في رسالتنا[2] ـ إلى أن الأصل في إنشاء العقود الإباحة، وأن الناس أحرار في إنشاء عقود جديدة ما لم تكن مخالفة لنصوص الشرع الشريف، بينما ذهب الظاهرية إلى أن الأصل في إنشاء العقود الحظر ما لم يرد دليل بجوازه.

وقد دافع شيخ الإسلام ابن تيمية بشدة عن مذهب القائلين بالإباحة[3].

وقد استدل الجمهور بالكتاب والسنَّة، والمعقول.

أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِۚ أُحِلَّتْ لَكُم بَهِيمَةُ ٱلْأَنْعَـٰمِ إِلَّا مَا يُتْلَىٰ عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُحِلِّى ٱلصَّيْدِ وَأَنتُمْ حُرُمٌۗ إِنَّ ٱللَّهَ يَحْكُمُ مَا يُرِيدُ﴾[4].

---

(١) المصدر السابق نفسه.

(٢) يراجع: مبدأ الرضا في العقود، دراسة مقارنة، ط دار البشائر الإسلامية (٢/١١٤٨ ـ ١١٦٤)، ومصادره المعتمدة لكل المذاهب.

(٣) القواعد النورانية، ط السُّنَّة المحمدية ١٩٥ (ص١٨٤)، ومجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ط دار العربية (٢٩/١٢٦).

(٤) سورة المائدة: الآية ١.

وقوله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا۟ بِٱلْعَهْدِ ۖ إِنَّ ٱلْعَهْدَ كَانَ مَسْـُٔولًا﴾[1]، وغير ذلك من الآيات الدالة على وجوب الوفاء بالعقود.

يقول ابن تيمية: «فقد أمر الله سبحانه بالوفاء بالعقود وهذا عام، وكذلك أمر بالوفاء بعهد الله، وبالعهد، وقد دخل في ذلك ما عقده المرء على نفسه بدليل قوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ كَانُوا۟ عَـٰهَدُوا۟ ٱللَّهَ مِن قَبْلُ لَا يُوَلُّونَ ٱلْأَدْبَـٰرَ ۚ وَكَانَ عَهْدُ ٱللَّهِ مَسْـُٔولًا﴾[2]، فدل على أن عهد الله يدخل فيه ما عقده المرء على نفسه، وإن لم يكن الله قد أمر بنفس ذلك المعهود عليه قبل العهد، كالنذر والبيع...

وقال سبحانه: ﴿وَٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ ٱلَّذِى تَسَآءَلُونَ بِهِۦ وَٱلْأَرْحَامَ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا﴾[3]. قال المفسرون ـ كالضحاك وغيره ـ تساءلون به: تتعاهدون وتتعاقدون، وذلك لأن كل واحد من المتعاقدين يطلب من الآخر ما أوجبه العقد من فعل، أو ترك، أو مال، أو نفع، أو نحو ذلك، وجمع سبحانه في هذه الآية، وسائر السورة أحكام الأسباب التي بين بني آدم المخلوقة كالرحم، والمكسوبة كالعقود التي يدخل فيها العهد...»[4].

وكذلك تدل مجموعة كبيرة من الأحاديث الشريفة على وجوب الوفاء بالعقود والوعود والعهود. وإن مخالفة الوعد من علامات النفاق، إضافة إلى أحاديث خاصة في الموضوع نفسه، منها: قول النبي ﷺ: «**الصلح جائز بين المسلمين إلّا صلحاً حرم حلالاً، أو أحل حراماً، والمسلمون على شروطهم إلّا شرطاً حرم حلالاً، أو أحل حراماً**» رواه الترمذي، وقال: «حسن صحيح»، ورواه البخاري تعليقاً بصيغة الجزم لكنه بدون الاستثناء،

---

(١) سورة الإسراء: الآية ٣٤.

(٢) سورة الأحزاب: الآية ١٥.

(٣) سورة النساء: الآية ١.

(٤) مجموع الفتاوى (٢٩/١٢٨ ـ ١٢٩).

ورواه كذلك الحاكم وأبو داود عن أبي هريرة بلفظ «المسلمون عند شروطهم»؛ أي: بدون الاستثناء[1].

وآثار الصحابة تشهد على ذلك، بل يقول ابن تيمية: «إن الوفاء بها ـ أي: بالالتزامات التي التزم بها الإنسان ـ من الواجبات التي اتفقت عليه الملل، بل العقلاء جميعهم»[2].

ثمَّ إن أساس العقود هو التراضي، وموجبها هو ما أوجبه العاقدان على أنفسهما، وقد استدل الظاهرية بأدلة لا تنهض حجة على دعواهم[3]، وإذا ثبت رجحان قول الجمهور فيكون من المشروع إحداث أي عقد جديد وإن لم يكن موجوداً في عصر الرسول ﷺ وعصر الصحابة والفقهاء ما دام لا يخالفه نصٌّ من كتاب الله وسُنَّة رسوله ﷺ.

وعلى ضوء ذلك فعقد الاستصناع ـ كعقد مستقل ـ له الأدلة العامة في اعتباره ومشروعيته، ناهيك عن الأدلة الخاصة على مشروعيته، ثمَّ إن عقد الاستصناع يتضمن العقد على العمل والعين في الذمة، وكل واحد منهما صالح لأن يكون معقوداً عليه، وكذلك الأمر لو وقع العقد على مجموعهما.

٢أما الأدلة الخاصة على مشروعية الاستصناع:

فمنها: الحديث الصحيح الذي رواه البخاري وغيره بسندهم عن ابن عمر رضي الله عنهما: «أن رسول الله ﷺ اصطنع خاتماً من ذهب»[4].

---

(١) الحديث في: سنن الترمذي ـ مع شرح تحفة الأحوذي، كتاب الأحكام (٤/ ٤٨٤)، وصحيح البخاري مع الفتح ـ كتاب الإجارة (٢/ ٤٥١)، وسنن أبي داود ـ مع عون المعبود ـ (٩/ ٥١٦)، والحاكم في مستدركه (٢/ ٤٩).

(٢) مجموع الفتاوى (٢٩/ ١٥٤)، والقواعد النورانية (ص٥٢).

(٣) يراجع لمزيد من أدلة الجمهور والظاهرية مع المناقشة والترجيح: مبدأ الرضا في العقود (٢/ ١١٤٨ ـ ١١٦٤).

(٤) صحيح البخاري ـ مع الفتح ـ كتاب الإيمان ـ (١١/ ٥٢٧)، وأحمد (٣/ ١٠١)، وقد نبذه الرسول ﷺ بعد فترة وحلف أن لا يلبسه مرة أخرى.

كما استدل الحنفية: بالإجماع العملي من لدن رسول الله ﷺ دون نكير، وتعامل الناس بهذا العقد. وحاجة الناس إليه[1].

والخلاصة:

إن عقد الاستصناع ـ بهذا المعنى الخاص ـ عقد مستقل؛ له كيانه الخاص، وشروطه الخاصة، وآثاره الخاصة.

والاستصناع باعتباره عقداً، لا بد من توافر أركانه، وهي: العاقدان والمعقود عليه ـ أي: الثمن والمستصنع ـ، والإيجاب والقبول، أي: ما يدل على الرضا من قول، أو فعل، أو إشارة، أو كتابة[2]، وكذلك له شروطه العامة مما ذكره الفقهاء من شروط العقد، من أهلية التعاقد، وعدم وجود عيوب الرضا، وعدم الفصل الكثير بين الإيجاب والقبول، وأن يكون المحل حلالاً، ونحو ذلك.

شروط الاستصناع الخاصة به

للاستصناع شروط خاصة به، وهي:

١ ـ أن يذكر في العقد أوصاف الشيء المراد صنعه على شكل يؤدي إلى بيانه وتكوين العلم به، يقول الكاساني: «وأما شرائط جوازه، فمنها: بيان جنس المصنوع ونوعه، وقدره، وصفته؛ لأنه لا يصير معلوماً بدونه»[3].

٢ ـ وأن يكون الاستصناع في الأشياء التي جرى العرف بالتعامل بها.

وقد ذكر فقهاء الحنفية عدَّة أمثلة لذلك فقالوا: مثل استصناع الحديد، والرصاص، والنحاس، والزجاج، والخفاف، والنعال ونحو ذلك[4].

---

(١) بدائع الصنائع (٦/ ٢٦٧٨).

(٢) يراجع في تفصيل وسائل التعبير عن الإرادة: مبدأ الرضا في العقود (٢/ ٨٢٢)، وما بعدها.

(٣) بدائع الصنائع (٦/ ٢٦٧٨).

(٤) المصدر السابق نفسه، وفتح القديم (٧/ ١١٤ ـ ١١٥)، وابن عابدين (٤/ ٢١٣).

غير أنه من الجدير بالتنويه به أن هذه الأمثلة كانت شائعة عندهم ولم يريدوا من خلالها حصره فيها، بل أرادوا التمثيل بها فقط، ولذلك قد تختلف صناعات عصر عن عصر آخر كثرة وقلة وشيوعاً وندرة، ولذلك نرى مجلة الأحكام العدلية ذكرت أمثلة مثل: البندقية والسفن الحربية والتجارية التي لم تكن موجودة في العصور السابقة[1].

ويمكن أن تضاف في عصرنا الحاضر كل الصناعات: الخفيفة، والثقيلة، والمتوسطة، والبرية، والبحرية، والجوية، والفضائية، كالأقمار الصناعية ونحوها.

٣ ـ أن يحدد فيه الزمن سواء أكان قصيراً أم طويلاً، وذلك لأن العقود الواردة على العمل لا بد أن يذكر معها الأجل.

غير أن الحنفية اختلفوا في هذه المسألة فاشترط أبو حنيفة أن لا يكون في عقد الاستصناع أجل؛ فإذا وجد فيه أجل أصبح سلماً، قال الكاساني: «فإن ضرب للاستصناع أجلاً صار سلماً حتى تعتبر فيه شرائط السلم، وهو قبض البدل في المجلس، ولا خيار لواحد منهما إذا سلم الصانع المصنوع على الوجه الذي شرط عليه في السلم. وهذا قول أبي حنيفة[2].

لكن فقهاء الحنفية اختلفوا في الأجل هنا فقال بعضهم: هو شهرٌ وما فوق، وقيل: أدناه ثلاثة، وقيل: نصفُ يومٍ فأكثر[3].

وذهب أبو يوسف ومحمد إلى أن هذا ليس بشرط بل هو استصناع على حال، سواء ضرب له أجل أم لا.

وقد استدل أبو حنيفة بأنه إذا ضرب فيه أجل فقد أتى بمعنى السلم؛

---

(١) مجلة الأحكام العدلية، المادة (٢٨٩).

(٢) بدائع الصنائع (٦/ ٢٦٧٨).

(٣) المصدر السابق (٧/ ٢١٧٥).

إذ هو على مبيع في الذمة مؤجلاً، والعبرة في العقود لمعانيها لا لصور الألفاظ، ألا ترى أن البيع ينعقد بلفظ التمليك؟ وكذا الإجارة.. ولهذا صار سلماً فيما لا يحتمل الاستصناع، كذا هذا؛ ولأن التأجيل يختص بالدُّيون؛ لأنه لو وضع لتأخير المطالبة، وتأخير المطالبة إنما يكون في عقد فيه مطالبة. وليس ذلك إلَّا السلم؛ إذ لا دين في الاستصناع، ألا ترى أن لكل واحد منهما خيار الامتناع عن العمل قبل العمل بالاتِّفاق؟ ثمَّ إذا صار سلماً يراعى فيه شروط السلم، فإن وجدت صح وإلا فلا[1].

واستدل للصاحبين بأن العادة جارية بضرب الأجل في الاستصناع، وإنما يقصد به تعجيل العمل، لا تأخير المطالبة فلا يخرج به عن كونه استصناعاً. أو يقال: قد يقصد بضرب الأجل تأخير المطالبة، وقد يقصد به تعجيل العمل، فلا يخرج العقد عن موضوعه مع الشك والاحتمال بخلاف ما لا يحتمل الاستصناع؛ لأن ما لا يحتمل الاستصناع لا يقصد بضرب الأجل فيه تعجيل العمل؛ فتعين أن يكون لتأخير المطالبة بالدين، وذلك بالسلم[2].

والذي يظهر رجحانه قول الصاحبين، بل إننا نرى ضرورة وجود المدة في العقد؛ وذلك لأن عقد الاستصناع عقد قائم على العمل والعين المؤجلين عادة. وكل ما هو شأنه التأجيل أو التأخير لا بد فيه من تحديد المدة حتى لا يؤدي إلى النزاع والخصام قياساً على الإجارة؛ وذلك لأن الصانع قد يتأخر في التنفيذ والمستصنع يريد التعجيل، فإذا لم يكن في العقد تحديد

---

(١) بدائع الصنائع (٦/٢٦٧٩)، وقد نصت المادة (٣٨٩) من المجلة على أن كل شيء تعومل استصناعه يصح فيه الاستصناع على الإطلاق، وأما ما لم يتعامل باستصناعه: إذا بيَّن فيه المدة صار سلماً، وتعتبر فيه حينئذ شروط السلم؛ وإذا لم يبين فيه المدة كان من قبيل الاستصناع أيضاً.

(٢) نفس المرجع السابق.

للمدة أدى بلا شك إلى نزاع. وعلماؤنا اتفقوا على منع كل ما يؤدي في العقود إلى النزاع؛ ولذلك منعوا الجهالة الفاحشة في المعاوضات، لأنها تؤدي إلى النزاع، فكذلك الأمر في تعويم المدة؛ حيث يؤدي إلى نزاع شديد، إذاً لا بد أن يمنع ويوجب التحديد. ثمَّ إذا حددت المدة يجب الالتزام بها بأن يكمل المصنوع قبل انتهائها، أما إذا انتهت دون إكمال الشيء المستصنع، فإن للمستصنع ـ بالكسر ـ حق الفسخ[1]، كما هو الحال في شأن كل العقود التي يحدد فيها الوقت.

آثار عقد الاستصناع

يترتَّب على هذا العقد عدَّة آثار، منها:

١ ـ ثبوت الملك للمستصنع في الشيء وثبوت الملك في الثمن المتَّفق عليه.

ويثبت ذلك في نظرنا بمجرَّد العقد؛ لأنَّ الله تعالى أمرنا بالوفاء به ﴿أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِۚ أُحِلَّتْ لَكُم بَهِيمَةُ ٱلْأَنْعَـٰمِ إِلَّا مَا يُتْلَىٰ عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُحِلِّى ٱلصَّيْدِ وَأَنتُمْ حُرُمٌۗ إِنَّ ٱللَّهَ يَحْكُمُ مَا يُرِيدُ﴾، وهذا يعني أنَّ الأثر قد ثبت بالالتزام. ولذلك يجب الوفاء به (وسيأتي لذلك مزيد من التفصيل عند اللزوم).

وعند الحنفية يكون ثبوت ذلك ثبوتاً غير لازم، قال الكاساني:

وأما حكم الاستصناع فهو ثبات الملك للمستصنع في العين المبيعة في الذمة، وثبوت الملك للصانع في الثمن ملكاً غير لازم[2].

٢ ـ عدم اللزوم بصفة عامة، والذي نراه هو اللزوم بمجرَّد العقد (وسيأتي مزيد من التفصيل آنفاً).

---

(١) الأستاذ الجليل مصطفى الزرقاء: عقد البيع (ص١٢٣).
(٢) بدائع الصنائع (٦/ ٢٦٧٩).

٣ ـ أن يقوم الصانع (أو مصنعه) بعمل الشيء المستصنع حسب المواصفات المطلوبة.

هذا هو مقتضى عقد الاستصناع (بمعناه الخاص المستقل كما سبق)، ولذلك ليس من حقه أن يذهب إلى السوق ويشتري له شيئاً مصنوعاً حتى وإن كان موافقاً لما طلب منه؛ لأن عقد الاستصناع يقتضي العمل والعين. ولكن إذا أرادا غير ذلك فيمكن أن يصاغ العقد على صورة السلم بأن يتم الاتفاق على أن يأتي الصانع بعين موصوفة بصفات كذا خلال أجل محدد وحينئذ يشترط فيه شروط السلم ـ كما سبق ـ[1].

٤ ـ خيار الوصف للمستصنع، بحيث إذا أكمل الصانع الشيء المراد صنعه وسلمه للمستصنع يكون له الخيار إذا كان غير مطابق للمواصفات، وإلَّا فهو ملزم بأخذه ودفع الثمن المتفق عليه.

٥ ـ عدم بطلان الاستصناع بموت أحد الطَّرفين ما دام التنفيذ ممكناً بل الورثة يحلون محلهما إلَّا إذا نصَّ في العقد خلاف ذلك.

وذلك لأن الحنفية قاسوا الاستصناع في بطلانه بموت الصانع على الإجارة وهذا القياس يمكن الرد عليه بعدة وجوه:

أوَّلاً: إن بطلان الإجارة بموت المستأجر مسألة ليست متفقاً عليها بل هي خلافية، فلا يكون القياس عليها مستقيماً حيث ذهب مالك، والشافعي، وأحمد، وإسحاق، وأبو ثور، وابن المنذر إلى أن الإجارة لا تبطل بموت العاقدين ولا بموت أحدهما[2].

---

(١) جاء في البدائع (٦/ ٢٦٨٠): «أنه لو اشترى من مكان آخر وسلَّم إليه جاز».

(٢) يراجع القوانين الفقهية لابن جزي، ط دار الكتاب العربي، بيروت (ص٢٧٦)، وروضة الطالبين للنووي، ط المكتب الإسلامي (٥/ ٢٤٥)، والمغني لابن قدامة (٥/ ٤٦٧ ـ ٤٦٨).

فعلى ضوء ذلك فالجمهور على خلاف ما ذهب إليه الحنفية، (ونحن هنا لسنا بصدد مناقشة هذين الرأين، ولكن رأي الجمهور له أدلته التي تنهض حجة عليه)، ومن هنا فما المانع من القول بعدم بطلان الاستصناع بموت العاقدين أو أحدهما ولا سيما في وقتنا الحاضر الذي أصبحت للمصانع شخصية معنوية اعتبارية دائمة مستمرة ببقاء الشركة والمصنع، وأن الأشخاص بذواتهم ليس لهم أثر في شخصية الشركة ـ كما هو معروف ـ.

ثانياً: إن هذا القياس مع الفارق، وذلك لأن المعقود عليه في الإجارة هو العمل فقط بينما المعقود عليه في الاستصناع هو العين والعمل معاً ـ كما سبق ـ وحتى الحنفية أثبتوا أحكاماً للاستصناع لا توجد للإجارة مثل خيار الرؤية وعدم اللزوم ونحوهما.

٦ ـ إن حق المستصنع لا يتعلق بشيء معين، وإنما المطلوب من الصانع هو الإتيان بالشيء المستصنع في زمنه المحدد له، ولذلك لو قام الصانع بصنعه قبل الأجل المحدد وباعه لآخر لا يضر ما دام قادراً على الإتيان بمثله في الزمن المحدد في العقد وذلك لأن عقد الاستصناع يقتضي أداء الشيء المستصنع في الزمن المحدد له، ولا يقتضي تحديد المصنوع بعينه وذاته، فذمة الصانع مشغولة بصنع الشيء المطلوب منه صنعه بمواصفاته في الوقت الذي اتفق عليه الطَّرفان، وبعبارة أخرى: إن ما في الذمة لا يتعين حتى بالتعيين؛ ولذلك حتى لو نوى بصنعه أن هذا الشيء يصنع لفلان لا تمنعه هذه النية من بيعه لآخر ما دام قادراً على صنع مثله وتسليمه للمستصنع في الوقت المحدد له.

عقد الاستصناع بين اللزوم والجواز

ولا شك أن الحنفية (وهم الذين أجازوا عقد الاستصناع بمعناه الخاص) لهم تفصيل في لزوم هذا العقد حسب مراحله:

المرحلة الأولى:

بعد صدور الإيجاب والقبول من الطَّرفين، وقبل بدء العمل، فالعقد فيها غير لازم باتفاق الحنفية ـ إلَّا في رواية سنذكرها ـ يقول الكاساني: «وأما صفة الاستصناع فهي أنه عقد غير لازم قبل العمل في الجانبين جميعاً بلا خلاف، حتى كان لكل واحد منهما خيار الامتناع قبل العمل، كالبيع المشروط فيه الخيار للمتبايعين. . لأن القياس يقتضي أن لا يجوز لما قلنا، وإنما عرفنا جوازه استحساناً لتعامل الناس، فبقي اللزوم على أصل القياس»[1].

المرحلة الثَّانية:

هي بعد إجراء العقد، وبعد الفراغ من العمل لكن قبل أن يراه المستصنع، ففي هذه الحالة أيضاً غير لازم «حتى كان للصانع أن يبيعه ممن يشاء ـ كذا ذكر في الأصل ـ لأن العقد ما وقع على عين المعمول، بل على مثله في الذمة» قال الكاساني: «لما ذكرنا أنه لو اشترى من مكان آخر وسلم إليه جاز، ولو باعه الصانع، وأراد المستصنع أن ينقص البيع ليس له ذلك، ولو استهلكه قبل الرؤية فهو كالبائع إذا استهلك المبيع قبل التسليم، كذا قال أبو يوسف»[2].

المرحلة الثَّالثة:

هي ما إذا أكمل الصانع الشيء الذي طلب صنعه، وأحضره أمام المستصنع أو وكيله، وحينئذ إما أن يكون المصنوع مطابقاً للمواصفات التي طلبت في العقد أم لا.

فإن لم يكن مطابقاً للمواصفات المطلوبة فإن العقد لم ينفذ بعد، حيث يحق له المطالبة بالتنفيذ على ضوء شروط العقد، وأما إذا كان فيه عيب يضر

---

(١) بدائع الصنائع (٦/ ٢٦٨٠).

(٢) المصدر السابق نفسه.

بالقيمة في عرف التجار، فإن المستصنع بالخيار[1]، وقد نصت المادة (٣٩٢) من مجلة الأحكام العدلية على أنه: «إذا لم يكن المصنوع على الأوصاف المطلوبة المبينة. . كان المستصنع مخيراً».

والذي نرى رجحانه هو الفرق بين إتمام المصنوع ووجود عيب فيه حيث يكون له الخيار، وبين عدم إتمامه على صورته المطلوبة أبداً حيث يطالب بتنفيذه، أو بعبارة الفقهاء: فوات الجنس، وفوات الوصف حيث يؤدي فوات الجنس إلى بُطلان العقد أو فساده، بينما يؤدي فوات الوصف إلى حق الخيار[2].

وإن كان مطابقاً للشروط والمواصفات المطلوبة في العقد فقد سقط خيار الصانع، وللمستصنع الخيار، هذا على ظاهر الرواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد.

وروي عن أبي حنيفة أن لكل واحد منهما الخيار.

وروي عن أبي يوسف أنه لا خيار لهما[3].

وقد ذكر الكاساني أدلة على كل رأي، فقال في وجه استدلال الرأي الأوَّل القائل «بسقوط حق الصانع في الخيار بعد إكمال المصنوع وعرضه على المستصنع»: «بأن الصانع بائع ما لم يره فلا خيار له»، ثمَّ ذكر السبب في عدم سقوط حق المستصنع في الخيار: «بأن المستصنع مشتري ما لم يره فكان له الخيار»، قال الكاساني: «وإنما كان كذلك لأن المعقود عليه وإن كان معدوماً حقيقة فقد ألحق بالموجود ليمكن القول بجواز العقد؛ لأن الخيار كان ثابتاً لهما قبل الإحضار لما ذكرنا أن العقد غير لازم، فالصانع بالإحضار أسقط خيار نفسه فبقي خيار صاحبه على حاله،

(١) يراجع في تفصيل ذلك: مبدأ الرضا في العقود (ص٨٠١)، وما بعدها.

(٢) بدائع الصنائع (٦/ ٢٦٨٠).

(٣) المصدر السابق نفسه.

كالبيع الذي فيه شرط الخيار للعاقدين، إذا أسقط أحدهما خياره أنه يبقى خيار الآخر. كذا هذا»[1].

واستدل للرأي الثَّاني بأن في تخيير كل واحد منهما دفع الضرر عنه ودفع الضرر واجب[2].

واستدل للرأي الأخير بأن الصانع قد أفسد متاعه وقطع جلده وجاء بالعمل على الصفة المشروطة، فلو كان للمستصنع حق الامتناع من أخذه لكان فيه إضرار بالصانع بخلاف ما إذا قطع الجلد ولم يعمل فقال المستصنع: «لا أريد؛ لأننا لا ندري أن العمل يقع على الصفة المشروطة أو لا، فلم يكن الامتناع منه إضراراً بصاحبه فثبت الخيار. وأما الدليل على أن الصانع ليس له الخيار فهو الدليل الذي ذكرناه للرأي الأوَّل»[3].

تصوير المحيط البرهاني للمذهب الحنفي:

هذا الذي ذكرناه هو ما بيَّنه الكاساني وآخرون في تصوير المذهب الحنفي، حيث ذكر أن الخلاف في اللزوم وعدمه، إنما هو في المرحلة الثَّالثة عندما يكتمل المصنوع ويعرض على المستصنع.

لكن المحيط البرهاني صور المسألة عند الحنفية على أن الخلاف وارد أيضاً في أصل العقد نفسه من حيث اللزوم والجواز، أو بعبارة أخرى: ذكر لنا أن بعض الحنفية يرون لزوم العقد بمجرد الانعقاد، وحينئذ يجبر الصانع على العمل، والمستصنع على أخذه إذا كان موافقاً للشروط والمواصفات.

ولننقل نص عبارته حيث قال: «قلنا: الروايات في لزوم الاستصناع وعدم اللزوم مختلفة» ثمَّ ذكر الروايات إلى أن قال: «... ثمَّ رجع أبو يوسف عن هذا

---

(١) المصدر السابق نفسه.

(٢) المصدر السابق نفسه.

(٣) بدائع الصنائع (٦/ ٢٦٨٠).

وقال: لا خيار لواحد منهما، بل يجبر الصانع على العمل، ويجبر المستصنع على القبول. وجه ما روي عن أبي يوسف أنه يجبر كل واحد منهما، أما الصانع فلأنه ضمن العمل فيجبر على العمل، وأما المستصنع فلأنه لو لم يجبر على القبول يتضرر به الصانع؛ لأنه عسى لا يشتريه غيره أصلاً، أو لا يشتري بذلك القدر من الثمن؛ فيجبر على القبول دفعاً للضرر عن الصانع»[1].

وهذا الذي ذكره أبو يوسف وفصَّله المحيط البرهاني هو الموافق لمقتضى العقود والقواعد العامة في هذه الشريعة من نفي الضرر والضرار، ورعاية مصالح العاقدين، ووجوب الوفاء بالعقود والعهود.

ولذلك أخذت مجلة الأحكام العدلية بهذه الرواية عن أبي يوسف، ونصت في مادتها (٣٩٢) على أنه: إذا انعقد الاستصناع فليس لأحد العاقدين الرجوع، وإذا لم يكن المصنوع على الأوصاف المطلوبة المبينة كان المستصنع مخيراً.

ويبدو أن المجلة أخذت لزوم العقد من هذا الكتاب وغيره من كتب الحنفية التي صورت الخلاف بهذا الشكل الأخير، وذكرت رأي أبي يوسف الأخير الذي رجع إليه.

ولا أعتقد أن ما قام به ابن عابدين من تفصيل وتحرير للخلاف يدفع الخلاف الذي ذكره المحيط البرهاني وغيره، حيث وصل ابن عابدين إلى أنه لا خلاف في المذهب الحنفي في عدم لزوم عقد الاستصناع وأنه لا جبر فيه إلَّا إذا كان مؤجلاً بشهر فأكثر فيصير سلماً، وهو عقد لازم يُجبرُ عليه ولا خيار فيه. وبه علم أن قول المصنف: (فيجبر الصانع على عمله...) إنما هو فيما إذا صار سلماً. ثمَّ قال: «فظهر أن قول الدرر تبعاً لخزانة المفتي أن الصانع يجبر على عمله، والأمر لا يرجع عنه سهو ظاهر»[2].

---

(١) المحيط البرهاني، مخطوطة مكتبة الأوقاف ج ٢، ورقة ٥٧٥ ـ ٥٧٦.
(٢) حاشية ابن عابدين (٤/ ٢١٣).

وهذا التحرير الذي قام به ابن عابدين اجتهاد منه في فهم نصوص علماء المذهب الحنفي، وحينئذ يمكن اعتباره طريقة من الطرق ـ حسب اصطلاح الفقه المذهبي ـ ولكن لا يمكن اعتباره حسماً في المسألة، وقضاءً على الخلاف الذي ذكره المحيط البرهاني والمبسوط، والدر المختار، وخزانة المفتي، والدرر، وغيرها من الكتب المعتمدة التي صرحت بأن أبا يوسف في روايته الأخيرة قال بلزوم العقد، ولذلك أخذت بها المجلة وهي عادة لا تعدل عن ظاهر الرواية إلَّا نادراً، ولحجج قوية، كما أن علماء المجلة من محققي المذهب الحنفي. وهم اطلعوا على ما قاله ابن عابدين، ومع ذلك لم يولوا له عنايتهم، بل أخذوا بلزوم العقد أخذاً برواية أبي يوسف.

وقد قال صاحب الهداية (وهو من كبار محققي الحنفية): «وعن أبي يوسف أنه لا خيار لهما. . أما الصانع فلما ذكرنا، وأما المستصنع فَلأَنَّ في إثبات الخيار له إضراراً بالصانع لأنه ربما لا يشتريه غيره بمثله. . .»[1]، وقال صاحب العناية: «والصحيح أنه بيع لا عدة. . وهو مذهب عامة مشايخنا» ثمَّ نقل أيضاً هو الآخر رواية أبي يوسف في أنه لا خيار لهما، ولو كانت هذه الرواية غير ثابتة، أو أن المرغيناني فهمها على غير حقيقتها لعلق عليها[2].

الترجيح:

والذي يظهر لنا رجحانه هو القول بأن عقد الاستصناع عقد لازم ـ كما هو رواية عن أبي يوسف ـ لأن النصوص الشرعية دالة بوضوح على وجوب الوفاء بالعقود والعهود والالتزامات مثل قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾[3]، وقوله تعالى: ﴿وَأَوۡفُواْ بِٱلۡعَهۡدِۖ إِنَّ ٱلۡعَهۡدَ كَانَ مَسۡـُٔولٗا﴾[4].

---

(١) الهداية ـ مع شرح فتح القدير، ط مصطفى الحلبي (٨/ ١١٦).
(٢) شرح العناية بهامش فتح القدير (٧/ ١١٦).
(٣) سورة المائدة: الآية ١.
(٤) سورة الإسراء: الآية ٣٤.

وكذلك تدل أحاديث كثيرة على ذلك، منها: قول النبي ﷺ: «المسلمون عند شروطهم»[1].

بل إن النصوص الشرعية تدل بوضوح على حرمة مخالفة الوعد ناهيك عن العقد، ولا نسلم التوسع في دائرة الفصل بين القضاء والديانة ولا سيما في نطاق الأمور المالية التي يترتب على مخالفتها إضرار بالغير، وذلك لأن المفروض من القضاء في الإسلام أن يحمي أوامر الشريعة ونواهيها بقدر ما يمكن أن يتحكم فيه القضاء تاركاً الأمور القصدية والباطنية لله تعالى؛ بناءً على القاعدة الفقهية القاضية بأن علينا الظواهر والله يتولى السرائر[2].

وقد ذكر الإمام البخاري بعض أقضية السلف في وجوب الوفاء بالوعود والشروط فقال: قال ابن عوف عن ابن سيرين: «قال الرَّجلُ لكريِّهِ: ادخل ركابك، فإن لم أرحل معك يوم كذا وكذا، فلك مائة درهم، فلم يخرج، فقال شريح: من شرط على نفسه طائعاً غير مكره، فهو عليه»، وقال أيوب عن ابن سيرين: «أن رجلاً باع طعاماً، قال: إن لم آتِك الأربعاء فليس بيني وبينك بيع. فلم يجيىء، فقال شريح للمشتري: أنت أخلفت. فقضى عليه»[3].

وذكر الحافظ ابن حجر أن هذين الأثرين وصلهما سعيد بن منصور، ثمَّ قال: وحاصله أن شريحاً في المسألتين قضى على المشترط بما اشترطه على نفسه بغير إكراه...»[4].

---

(١) رواه البخاري في صحيحه ـ مع الفتح ـ كتاب الإجارة (٤/ ٤٥١).

(٢) وقد أقمنا الأدلة على ذلك بالتفصيل في رسالتنا الدكتوراه: مبدأ الرضا في العقود، ط دار البشائر (٢/ ١٠٣١ ـ ١٠٣٧).

(٣) صحيح البخاري ـ مع فتح الباري، كتاب الشروط، ط السلفية (٥/ ٣٤٥)، ويراجع: إعلام الموقعين، ط شقرون (٣/ ٢).

(٤) المصدر السابق نفسه.

وهذه الآثار تدل أيضاً على مشروعية ما يسمى في وقتنا الحاضر بالشرط الجزائي سواء كان في الاستصناع أو في غيره، والذي يهمنا هنا في الاستصناع.

ومن جانب آخر أن القول بعدم لزوم الاستصناع يؤدي إلى أضرار كبيرة للطرفين، بل إنه في الواقع إذا لم يكن عقداً لازماً لا يمكن الإفادة منه؛ لأنه بإمكان أي واحد التخلص من آثار العقد، بل قد يؤدي إلى أضرار كبيرة بالطَّرفين؛ فقد يقدم الصانع على صنع الشيء الذي طُلب منه وحينما يفرغ منه على ضوء المواصفات التي طلب منه المستصنع، يأتي الأخير ويقول له: لا أُريده.. وحينئذ ماذا يفعل به؟ فقد لا يقبل آخر بالشيء المستصنع على ضوء مواصفاته الحالية، وهذا توريط كبير منه للصانع، فيتضرر به ضرراً كبيراً. وقد يتضرر به المستصنع حيث ينتظر فترة شهر ـ أو أكثر على الأقل ـ ليكمل له الصانع الشيء المطلوب صنعة، فلو كان بالخيار، وباع الصانع المصنوع ماذا يفعل المستصنع؟.

فهذه الأضرار لا أعتقد أن الشريعة تقبلها، وهي ـ كما يقول ابن القيم ـ مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد، وهي عدل كلها، ورحمة كلها، وحكمة كلها؛ فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور، ومن الرحمة إلى ضدها، وعن المصلحة إلى المفسدة، وعن الحكمة إلى العبث.. فليست من الشريعة وإن أدخلت فيها بالتأويل»[1].

ومع أن الوعود ليست ملزمة قضاء في نظر جمهور العلماء إلَّا أن جماعة ـ منهم المالكية ـ جعلوا الوعد ملزماً إذا ترتبت عليه التزامات وآثار بسببه، قال سحنون: «الذي يلزم من الوعد كقوله: اهدم دارك وأنا أسلفك ما تبني به، أو اخرج إلى الحج وأنا أسلفك؛ أو اشتر سلعة، أو تزوج امرأة وأنا أسلفك لأنك أدخلته بوعدك في ذلك». وقال أصبغ: «يقضى عليك به تزوج الموعود أم لا...»[2].

---

(١) إعلام الموقعين، ط شقرون (٣/ ٣).

(٢) الفروق للقرافي (٤/ ٢٤ ـ ٢٥) ط دار المعرفة بيروت.

هذا في الوعد فما ظنك في عقد يتوافر فيه الأركان والشروط ويترتب على الإخلال به أضرار كثيرة فردية ـ كما ذكرنا ـ وجماعية: من خلال أنه لو لم يكن الاستصناع ملزماً لما استفاد منه العاقدان على الرغم من أهمية هذا العقد في التنمية والتصنيع.

ومن جانب آخر أن عقد الاستصناع له شبه بمجموعة من العقود وكلها عقود ملزمة، وهي السلم والبيع والإجارة، كما أن المعقود عليه في الاستصناع هو العمل والعين الموصوفة في الذمة، وكل واحد منهما لو أصبح وحده محلًّا للعقد كان عقداً لازماً فكذلك العقد الوارد عليهما معاً، فالعقد الذي محله العمل هو الإجارة، وهو ملزم، وكذلك العقد الوارد على العين الموصوفة ـ وهو السلم ـ ملزم، فيكون من الطبيعي المركب من اللزوم ملزماً.

الشرط الجزائي في عقد الاستصناع

لا أريد الخوض في هذا الموضوع بصورة مفصلة، ولكن الذي أريد أن أذكره هنا هو أن الشرط الجزائي مقبول من حيث المبدأ، ولكن لا يترتب عليه من الضمان والتعويض إلَّا بقدر إحداث الضرر فمثلاً لو خالف أحد العاقدين شروط العقد في المضاربة، أو الاستصناع وترتب على ذلك إحداث ضرر فإن هذا الضرر لا يلحق العاقد الآخر، وإنما يكون على المتسبب في الضرر، وكذلك لو اشترط أحد العاقدين فرض غرامة مالية على الآخر في عقد الاستصناع إن تأخر الصانع في إكمال المال المستصنع في وقته، أو تأخر المستصنع في دفع المال إليه وترتب على التأخير ضرر فإن للمتضرر الحق في التعويض بقدر ضرره[1].

---

(١) يراجع في تفصيل ذلك: عبد المحسن الرويشد: الشرط الجزائي في العقود، رسالة دكتوراه بحقوق القاهرة، عام ١٤٠٤هـ، وكاسب عبد الكريم: المرجع السابق (ص٢١٢).

وقد ذكرنا فيما سبق مستنداً لمبدأ الشرط الجزائي، يقول الأستاذ الجليل الزرقاء: «في أواخر العهد العثماني اتسعت في الدولة التجارة الخارجية مع أوروبا، وتطورت أساليب التجارة الداخلية، والصنائع، وتولدت في العصر الحديث أنواع من الحقوق لم تكن معهودة.. واتسعت مجالات عقود الاستصناع في التعامل بطريق التوصية على المصنوعات مع المعامل والمصانع الأجنبية.. وقد ضاعف احتياج الناس إلى أن يشترطوا في عقودهم ضمانات مالية على الطَّرف الذي يتأخر عن تنفيذ التزامه في حينه.. ومثل هذا الشرط يسمى في اصطلاح الفقه الأجنبي: «الشرط الجزائي»[1].

فعلى ضوء ذلك لا مانع من اقتران الشرط الجزائي بعقد الاستصناع، وحينئذ يلزم به الطَّرفان: ويكون التعويض عند الإخلال به بقدر الضرر وآثاره، ويرجع في ذلك إلى أهل الخبرة، أو إلى القاضي عند النزاع.

الظروف القاهرة

إذا طرأت بعد انعقاد عقد الاستصناع ظروف قاهرة تحول دون تنفيذه فإنها على القول بلزومه تكون مقبولة، مثل حدوث حرب منعت الصانع من استيراد المادة الخام التي لا توجد في البلاد ـ مثلاً ـ ومثل أن يشب حريق في المصنع فأتى على كل ما فيه، فمثل هذه الطوارىء ـ سواء كانت مكتسبة من الغير أو سماوية ـ تعطي العذر للصانع، وتجعل المستصنع بالخيار بين الانتظار، أو فسخ العقد[2]؛ وذلك لأن هذه الشريعة تقوم تكاليفها التشريعية على القدرة والاستطاعة: ﴿لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَاۚ لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا ٱكْتَسَبَتْۗ رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَآ إِن نَّسِينَآ أَوْ أَخْطَأْنَاۚ رَبَّنَا وَلَا تَحْمِلْ عَلَيْنَآ إِصْرًا كَمَا حَمَلْتَهُۥ عَلَى ٱلَّذِينَ مِن قَبْلِنَاۚ رَبَّنَا وَلَا تُحَمِّلْنَا مَا لَا طَاقَةَ لَنَا بِهِۦۖ وَٱعْفُ عَنَّا وَٱغْفِرْ لَنَا وَٱرْحَمْنَآۚ أَنتَ مَوْلَىٰنَا

(١) المدخل الفقهي العام فقرة ٢٨٦.
(٢) يراجع: د. العطار: نظرية الالتزام (ص٢٦٢)، وكاسب عبد الكريم: المرجع السابق (ص٢١١)، ومصادرها.

﴿فَٱنصُرۡنَا عَلَى ٱلۡقَوۡمِ ٱلۡكَٰفِرِينَ﴾[1]، وإنه: «لا ضرر ولا ضرار»[2]، كما أنَّ للجوائح تأثيراً في العقود في السُّنّة المشرفة.

أهمية عقد الاستصناع في عصرنا الحاضر، وتطبيقاته المعاصرة

إن لعقد الاستصناع أهمية بالغة من عدَّة جوانب:

الجانب الأوَّل:

أنه عقد فيه تيسير كبير على المسلمين؛ وذلك لأنه لا يشترط فيه تسليم الثمن، ولا المثمن، فهو تغطية كاملة لجانبين مهمين هما: عقد السلم الذي لا يشترط فيه وجود المسلم فيه، ولكن يجب تسليم الثمن في المجلس عند الجمهور، أو في ثلاثة أيام عند المالكية، وعقد بيع الأجل الذي لا يشترط فيه تسليم الثمن، ولكن لا بد من وجود المثمن (المبيع)، وتسليمه إلى المشتري، فأباح الإسلام عقد الاستصناع الذي هو في واقعه وارد على الذمة من حيث العين والعمل ـ كما سبق ـ.

وبذلك اكتملت جميع الجوانب الثلاثة، وغطيت الحاجة الأساسية للمجتمع المسلم الذي يحتاج كثيراً إلى هذه العقود الثلاثة.

الجانب الثَّاني:

إن عقد الاستصناع له دور بارز في تطوير المصانع وتنمية المجتمع وتطويره، وكان له دور في المجتمعات السابقة، ودوره اليوم أكثر نظراً لحاجة المصانع إلى الأموال، وإلى التشغيل، فكثير من المصانع ليس لها من السيولة ما يكفي لتطويرها كما أنها قد تخاف من صنع مواد لا يشتريها الناس،

---

(١) سورة البقرة: الآية ٢٨٥.

(٢) وهو حديث ثابت رواه أحمد في مسنده (١/ ٢١٣، ٢٢٧)، ومالك في الموطأ (ص٦٦٤)، وابن ماجه في سننه، كتاب الأحكام (٢/ ٧٨٤).

وحينئذ تكسد بضائعها ومصنوعاتها، فتخسر، وقد يؤدي ذلك إلى غلقها وإفلاسها، ولكن ما دام يباح لها من التعاقد على المصنوعات. تضمن لنفسها قبل البدء مشترين وزبائن فتقدم على التصنيع وهي مطمئنة من عدم الخسارة، بل من تحقيق الربح، وهكذا، وبذلك تنمو المصانع وتكثر المصنوعات بل وقد ترخص نتيجة لذلك وللتنافس.

وأما تطبيقاته المعاصرة فهي كثيرة حيث يمكن تطبيقه على كل ما دخلت فيه الصناعة، فهي تشمل جميع الصناعات التي يقوم بصنعها المصانع، أو الصناع، من الطائرات والصواريخ إلى صنع الأحذية والأثواب ونحوها، وهي تشمل أيضاً بناء العقارات وتصنيع المباني الجاهزة وغيرها، إذا توافرت الشروط السابقة. بل إن المصنوعات أسهل في تطبيق الاستصناع عليها نظراً إلى أن المصانع اليوم آلية لا تختلف مصنوعاتها بعضها عن بعض، فهي قادرة على الضبط الدقيق، والمثلية الكاملة بدقة متناهية، بينما كانت الصناعات في السابق كلها يدوية قد توجد الصعوبة في التحكم في المثلية.

كذلك يمكن تطبيق عقد الاستصناع للتمويل في جميع المشاريع الصناعية، وهذا هو مجال واسع للبنوك الإسلامية بأن تقوم بتمويل هذه المشاريع الصناعية وشراء المصنوعات على أساس عقد الاستصناع، وكذلك مشاريع البناء ونحوها مما فيه صناعة إضافة إلى عقد الاستصناع الموازي.

الخلاصة:

يتلخص هذا البحث في أن عقد الاستصناع عقد مستقل محله العمل، والعين الموصوفة في الذمة، ولذلك له شروطه الخاصة وخصائصه وآثاره، وأن من أهمّ آثاره التي رجحناها هي: ثبوت الملك للمستصنع في الشيء المستصنع، وثبوت الملك في الثمن المتفق عليه للصانع، ولزوم قيام الصانع بعمله في العين حسب الاتفاق، ولزوم دفع الثمن من قبل المستصنع معجلاً أو مؤجلاً ومقسطاً وثبوت خيار الوصف، وعدم بطلان الاستصناع بموت

أحدهما ـ حسب ترجيحنا ـ وإن حق المستصنع لا يتعلق بشيء معين، وإنما المطلوب من الصانع أن يصنع له المطلوب حسب المواصفات والشروط.

وقد انتهى البحث كذلك إلى لزوم عقد الاستصناع للطرفين وعدم جواز الفسخ إلَّا في حالات الظروف الطارئة، أو بموافقة الطَّرفين.

وقد استعرض البحث المراحل الثلاث لعقد الاستصناع كما استعرض المذهب الحنفي على ضوء ما ذكره الكاساني، وعلى ضوء ما ذكره المحيط البرهاني، وكذلك ما ذكره ابن عابدين فوجد أن حكم ابن عابدين على حصر طرق المذهب الحنفي في عدم اللزوم اجتهاد خاص به لا يلزم غيره من العلماء الأعلام أمثال المرغيناني والسرخسي، والبرهاني وغيرهم.

ووصل البحث إلى أن الصانع إذا أكمل المصنوع على المواصفات المطلوبة فإنه يلزم المستصنع أن يأخذه ويدفع ثمنه المتفق عليه، وأما إذا كان فيه خلل، أو عيب فإن المستصنع بالخيار.

كما تناول البحث موضوع الحرية التعاقدية، ومدى الالتزام بالوعود وموضوع الشرط الجزائي والظروف القاهرة.

وختاماً: هذا جهد متواضع، وعمل أردنا به وجه الله تعالى فإن كنت موفقاً فيه فذلك بفضل الله تعالى، وإلا فالتقصير يعود إليّ، لكن الله هو الغفور الرحيم وهو الهادي إلى الصراط المستقيم.

والله أسأل أن يجعل أعمالنا كلها خالصة لوجهه الكريم، وأن يعصمنا من الخطأ في القول والعمل. وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم وآخر دعوانا أن الحمد لله ربّ العالمين.

قرار مجمع الفقه في دورته السَّابعة
حول الاستصناع

الحمد لله ربّ العالمين، والصَّلاة والسَّلام على سيِّدنا محمَّد خاتَم النبيِّين وعلى آله وصحبه.

قرار رقم ٦٦/ ٣/ ٧ بشأن عقد الاستصناع

إنَّ مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السَّابع بجدة في المملكة العربية السعودية من ٧ إلى ١٢ ذو القعدة ١٤١٢هـ ـ الموافق ٩ ـ ١٤ مايو ١٩٩٢م.

بعد اطِّلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع: (عقد الاستصناع)، واستماعه للمناقشات التي دارت حوله.. ومراعاة لمقاصد الشريعة في مصالح العباد والقواعد الفقهية في العقود والتصرُّفات. ونظراً لأن عقد الاستصناع له دور كبير في تنشيط الصناعة. وفي فتح مجالات واسعة للتمويل والنهوض بالاقتصاد الإسلامي.

قـرَّر:

١ ـ أن عقد الاستصناع ـ هو عقد وارد على العمل والعين في الذمة ـ ملزم للطرفين إذا توافرت فيه الأركان والشروط.

٢ ـ يشترط في عقد الاستصناع ما يلي:

(أ) بيان جنس المستصنع ونوعه وقدره وأوصافه المطلوبة.

(ب) أن يحدد فيه الأجل.

٣ ـ يجوز في عقد الاستصناع تأجيل الثمن كله، أو تقسيطه إلى أقساط معلومة لآجال محدَّدة.

٤ ـ يجوز أن يتضمن عقد الاستصناع شرطاً جزائيًّا بمقتضى ما اتفق عليه العاقدان ما لم تكن هناك ظروف قاهرة[١]، والله أعلم.

نماذج من العقود
المنظمة لعملية الاستصناع في البنوك الإسلامية

وعد بالاستصناع

أنه في يوم   الموافق / / ١٩٩م فيما بين كل من:

١ ـ بنك قطر الدولي الإسلامي:

ومقره شارع الكهرباء، ص.ب: ٦٦٤ ـ الدوحة، قطر

ويمثله السيد/

بصفته:

(طرفاً أولاً / موعوداً له)

٢ ـ السيد/ السادة:

وعنوانه/ مقرها

ويمثلها السيد/

بصفته:

(طرفاً ثانياً/ واعداً)

«تمهيد»:

الطَّرف الثَّاني يمتلك قطعة أرض فضاء بموجب سند الملكية رقم   كائنة في   ويرغب في قيام الطَّرف الأوَّل ببنائها له

---

(١) وهذه القرارات كما نرى قد تبنَّاها هذا البحث، ودافع الباحث عنها أثناء عرضها على المجمع الموقر، وذلك الفضل من عند الله.

بالاستعانة بإحدى شركات المقاولات المعتمدة في الدولة في حدود مبلغ ريال (يدفع نقداً للمقاول)، وفي خلال مدة زمنية قدرها شهر.

ونظراً لأن ذلك الأمر يتطلب إجراء مناقصة لشركات المقاولات المصنفة واختيار أفضلها شروطاً وسعراً. فقد وعد الطَّرف الأوَّل الثَّاني بالبدء في إجراءات الدراسة وإعداد شروط المناقصة مقابل تعهد الطَّرف الثَّاني الالتزام بتوقيع عقد الاستصناع وفقاً للشروط والمواصفات الخاصة بمشروع البناء المرفقة بهذا الوعد وذلك حال إعلام الطَّرف الأوَّل له بأن عقد الاستصناع جاهز للتوقيع عليه.

وحيث إنَّ الطَّرف الثَّاني قد تعهد بتوقيع عقد الاستصناع حال إعلامه بذلك. فقد تواعد الطَّرفان على إبرام هذا الوعد وفقاً للشروط التالية:

«**البند الأوَّل**»: وعد الطَّرف الأوَّل الطَّرف الثَّاني بالبدء في إجراءات الدراسة وإعداد شروط المناقصة لعملية الاستصناع المطلوبة له لبناء على قطعة الأرض المملوكة له بموجب سند الملكية رقم وذلك في حدود مبلغ ريال (منه مبلغ ريال كدفعة مقدمة من الطَّرف الثَّاني)، وفي خلال مدة زمنية قدرها تبدأ من تاريخ التعاقد مع مقاول المشروع ووفقاً للشروط والمواصفات والخرائط الخاصة بمشروع البناء المرفقة بهذا الوعد والتي تعد جزءًا لا يتجزَّأ منه.

«**البند الثَّاني**»: تعهَّد الطَّرف الثَّاني للطَّرف الأوَّل بإبرام عقد الاستصناع والالتزام بشروطه حال إعلام الطَّرف الأوَّل له بأن عقد الاستصناع جاهز للتوقيع عليه، واضعين في الاعتبار أن قيمة عقد الاستصناع سوف يتم تحديدها بمجرد إرساء المناقصة على إحدى شركات المقاولات، وعلى أن تدفع هذه القيمة من قبل الطَّرف الثَّاني على قسط شهري متساوي مع فترة سماح قدرها شهر يبدأ احتسابها اعتباراً من تاريخ إبرام عقد الاستصناع.

«**البند الثَّالث**»: ضماناً لالتزام الطَّرف الثَّاني بوعده فقد وافق على الإجراء التالي:

١ ـ رهن العقار رقم   رهناً رسميًّا لصالح الطَّرف الأوَّل بمبلغ   ريال.

٢ ـ إيداع مبلغ   في حسابه الجاري لدى الطَّرف الأوَّل رقم   كدفعة ضمان الجدية مع تفويض الأخير بالحجز عليها وصرفها وفقاً لما هو مدرج بالبندين الرَّابع والخامس أدناه.

فإذا وافق الطَّرف الأوَّل على القيام بالمشروع وتم إبرام عقد الاستصناع فإن الرهن الموضح آنفاً يصبح تلقائيًّا تأميناً عينيًّا لعقد الاستصناع وتسري عليه شروطه كما أن دفعة ضمان الجدية تصبح جزءًا من ثمن عملية الاستصناع.

«**البند الرَّابع**»: إذا اتضح من خلال عروض شركات المقاولات المقدمة في المناقصة أن تكلفة المشروع تتعدى مبلغ   ريال (وهو الحد الأقصى للمبلغ الذي سيدفع للمقاول) فإنه يكون من حق الطَّرف الأوَّل تخفيض مواصفات البناء لتصبح تكلفة المشروع في حدود المبلغ المذكور إذا لم يوافق الطَّرف الثَّاني على دفع مبلغ الزيادة مقدماً. ولكن لا مانع من أن يقوم الطَّرف الثَّاني باتفاق خاص مع المقاول (الصانع) للتكملة أو الزيادة.

«**البند الخامس**»: من المتفق عليه بين الطَّرفين أنه في حالة نكول الطَّرف الثَّاني عن هذا الوعد بعد دخول الطَّرف الأوَّل في إجراءات عملية الاستصناع أو رفضه التوقيع على عقد الاستصناع بعد إعلامه بأنه جاهز للتوقيع، فإنه يكون من حق الطَّرف الأوَّل الحصول على مبلغ دفعة ضمان الجدية المحجوز عليها، بحساب الطَّرف الثَّاني لديه تعويضاً له عن الوقت والجهد الذي بُذل في دراسة المشروع وفي إعداد إجراءات المناقصة، وذلك جميعه دون الإخلال بحق الطَّرف الأوَّل في التعويض عن أية أضرار قد تلحق به من جراء تعاقده مع أحد المقاولين لتنفيذ المشروع ثمَّ نكول الطَّرف الثَّاني عن إتمامه.

أما إذا لم يكن الطَّرف الأوَّل قد بدأ بالفعل في إجراءات عملية الاستصناع، ونكل الطَّرف الثَّاني عن وعده، فإنه لا يحق للطرف الأوَّل الحصول على أي تعويض.

«**البند السَّادس**»: أي خلاف أو نزاع ينشأ بين طرفي/ أطراف هذا العقد خاص بتفسير أو تنفيذ أي بند من بنوده يعرض على هيئة تحكيم ثلاثية يتم اختيارها كالتالي:

١ ـ محكم يتم ترشيحه من قبل هيئة الرقابة الشرعية للطرف الأوَّل.

٢ ـ محكم يتم ترشيحه من قبل غرفة تجارة وصناعة قطر.

٣ ـ محكم مرجح يتم ترشيحه من قبل المحكمين الأوليين، فإذا لم يتفقا على ذلك تفوض هيئة الرقابة الشرعية للطرف الأول في ترشيحه.

وتبدأ إجراءات التحكيم بموجب كتاب مسجل يرسل من طالب التحكيم للطرف الثاني للنزاع يعلنه بموجبه بأسباب النزاع والطلبات المراد الحكم بها ورغبته في إحالة الموضوع للتحكيم، وذلك في خلال أسبوعين من تاريخ إرسال الكتاب المسجل. فإذا انقضت تلك المدة دون أن يتسلم طالب التحكيم رداً من الطَّرف الثاني للنزاع أو دون أن يتم الاتفاق بين طرفي النزاع على إحالته للتحكيم، فإنه يحق لطالب التحكيم السير فوراً في إجراءات التحكيم، وذلك بإرسال كتابين مسجلين، الأول لهيئة الرقابة الشرعية للطرف الأول والثاني لغرفة تجارة وصناعة قطر (ونسخة منهما للطرف الثاني للنزاع)، وذلك على العنوان التالي: ص.ب: ٦٦٤ الدوحة ـ قطر لهيئة الرقابة الشرعية للطرف الأوَّل، ص.ب: ٤٠٢ لغرفة تجارة وصناعة قطر، يعلنهما بموجبهما بنشوء نزاع بينه وبين أحد/ باقي أطراف هذا العقد (مع ذكر ملخص النزاع والطلبات المراد الحكم بها)، وعدم توصلهما إلى إتفاق بشأنه، وطالباً ترشيح محكم من كل منهما لنظر ذلك النزاع.

وبمجرد ورود اسمي العضوين المرشحين، يجب على الطَّرف طالب التحكيم إرسال كتاب مسجل إلى الطَّرف الثاني للنزاع يعلنه فيه بضرورة تواجده بمقر الطَّرف الأول وفي مواعيد عمله الرسمية (من الساعة السَّابعة والنصف صباحاً وحتى الساعة الحادية عشر والنصف صباحاً) للتوقيع على وثيقة التحكيم، مع إخطاره باسمي المحكمين اللذين تم ترشيحهما من قبل هيئة الرقابة الشرعية للطرف الأول وغرفة تجارة وصناعة قطر، وذلك في خلال عشرة أيام من تاريخ إرسال الكتاب المسجل.

إذا تواجد الطَّرف الثاني للنزاع بمقر الطَّرف الأوَّل، خلال المهلة المحددة، يتم التوقيع على وثيقة التحكيم والتي يجب فيها تسمية المحكم المرجح مع تحديد أول جلسة لنظر النزاع وآخر ميعاد لتقديم المستندات ومذكرات الدفاع، فإذا تخلف الطَّرف الثاني للنزاع عن الحضور فإنه يتم إبلاغه بواسطة هيئة التحكيم بموجب كتاب مسجل بميعاد أول جلسة للتحكيم، فإذا لم يحضر ـ رغماً عن ذلك ـ تؤجل الجلسة الأولى إلى جلسة أخرى، تعقد في خلال مدة أقصاها أُسبوعين يعلن بها الخصم الغائب، فإذا لم يحضر الأخير الجلسة المؤجلة أو لم يودع مستنداته أو مذكرة بدفاعه، ينظر النزاع في غيبته ويصدر الحكم بناءً على المستندات المقدمة في النزاع وفي نطاق ما ورد بوثيقة التحكيم، ويسري نفس الحكم في حالة حضور الطَّرف الثاني للنزاع لإحدى جلسات التحكيم وغيابه عن باقي الجلسات حتى ولو لم يودع مستنداته أو مذكرة بدفاعه.

في حالة استقالة أي محكم (بما في ذلك رئيس الهيئة) أو وفاته (لا قدر الله ذلك) أو امتناعه أو عجزه عن العمل أو اعتزاله أو عزل منه أو قام مانع من مباشرته له يعين محكم بدله بنفس الطريقة التي عين بها المحكم الأصلي، ويكون للخلف جميع سلطات المحكم الأصلي ويقوم بجميع واجباته.

ويتم الفصل في النزاع على أساس ما ورد ببنود هذا العقد، في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية، ونصوص القوانين القطرية، والأعراف والقواعد الخاصة والعامة التي لا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية.

وتحدد الهيئة الإجراءات الخاصة بها مستهدية في هذا الشأن بإجراءات التحكيم الواردة في قانون المرافعات القطري رقم ١٣ لسنة ١٩٩٠م (المواد من ١٩٠ حتى ٢١٠).

ويكون لهيئة التحكيم الحق في الفصل في جميع طلبات طرفي النزاع المرتبطة بالنزاع الأصلي، وفي جميع المسائل الأولية التي يتوقف عليها الفصل في النزاع الأصلي بما في ذلك الفصل في جميع المسائل المتعلقة بإختصاصها، عدا المسائل التي تخرج أصلاً عن ولايتها.

وعلى سبيل المثال يكون لهيئة التحكيم من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد طرفي النزاع اتخاذ ما يلي من إجراءات الإثبات:

ندب الخبراء، سماع الشهود، توجيه اليمين المتممة، توجيه اليمين الحاسمة.

ويجب أن يصدر حكم هيئة التحكيم في خلال ثلاثة أشهر على الأكثر من تاريخ توقيع المحكمين على وثيقة التحكيم، ما لم يرتض طرفا النزاع كتابة بامتداده.

ويكون حكم هيئة التحكيم سواء صدر بالإجماع أم بالأغلبية باتاً ونهائيًّا وغير قابل للطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن.

إذا ثارت أية منازعة بين طرفي النزاع بشأن تفسير حكم هيئة التحكيم، فإنه يجوز لأيهما أن يطلب كتابة من هيئة التحكيم في خلال مدة أقصاها خمسة عشر يوماً من تاريخ صدور الحكم، إصدار تفسير له،

وعلى الهيئة إصدار التفسير المطلوب، في غضون خمسة عشر يوماً من تاريخ تسلمها لطلب التفسير، ويعتبر الحكم الصادر بالتفسير متمماً من كل الوجوه للحكم الذي يفسره ويسري عليه ما يسري على الحكم الأصلي من كونه باتاً ونهائيًّا، ولا يترتب على تقديم طلب التفسير وقف تنفيذ الحكم الأصلي.

هذا ويلتزم من يحكم ضده من طرفي النزاع بجميع مصروفات التحكيم وأتعاب المحكمين أو بنسبة ما يحكم به عليه، وعلى أن تسدد أتعاب المحكمين مقدماً وبالتساوي بين طرفي النزاع عند التوقيع على وثيقة التحكيم، أو تسدد كامله من طالب التحكيم في حالة غياب الطَّرف الثاني للنزاع.

«**البند السَّابع**»: يقرّ المتعهدان باتخاذهما محلًّا مختاراً لهما بالعنوان الموضح بصدر هذا الوعد وجميع المراسلات والإعلانات التي ترسل لهما بهذا العنوان تعتبر صحيحة وقانونية.

وفي حالة تغير/ تغيير العنوان الموضح بصدر هذا الوعد ـ لأي سبب كان ـ فإنه يتوجب على الطَّرف المعني إبلاغ الطَّرف الآخر فوراً ودون إبطاء، بالعنوان الجديد، وإلا اعتبرت جميع المراسلات والإعلانات المرسلة على العنوان الموضح بصدر هذا الوعد صحيحة وقانونية.

«**البند الثَّامن**»: حرر هذا الوعد من نسختين، بيد كل طرف نسخة للعمل بموجبها.

والله على ما نقول ونعمل شهيد.

الطَّرف الأول **الطَّرف الثاني**

❑❑❑

عقد استصناع

أنه في يوم   الموافق / / ١٩٩م

تحرر هذا العقد بين كل من:

١ ـ بنك قطر الدولي الإسلامي (ش.م.ق):

ومركزه الرئيسي بشارع الكهرباء بالدوحة، قطر ويمثله في التوقيع على هذا العقد السيد/

بصفته:

(طرف أول)

٢ ـ السيد/

جواز سفر رقم

وعنوانه/ الدوحة.   ص.ب:

(طرف ثانٍ)

أقر الطَّرفان بصفتهما واتفقا وهما على أهليتهما الكاملة للتعاقد على ما يلي:

«تمهيد»:

تقدم الطرف الثاني إلى الطرف الأول بطلب يعلن فيه عن رغبته في أن يقوم الأخير بتنفيذ مشروع بناء   (المشروع) على قطعة الأرض التي يمتلكها بموجب سند الملكية رقم بمساحة قدرها   والكائنة   وأرفق بطلبه رخصة البناء والتصاميم والمخططات والرسومات والمواصفات الهندسية وجداول الكميات والشروط الخاصة للمشروع، والتي تم إعداداها من قبل المكتب الهندسي.

هذا وقد وافق الطرف الأول على طلب الطرف الثاني بتنفيذ مشروع البناء على قطعة الأرض المملوكة للأخير، بنفسه أو بمن يتعاقد معه على ذلك، وتحرر بين الطرفين هذا العقد وفقاً للبنود التالية:

«**البند الأوَّل**»: يعتبر التمهيد السابق والطلب المقدم من الطرف الثاني المؤرخ / / ١٩٩م وكذلك رخصة البناء والتصاميم والمخططات والرسومات والمواصفات الهندسية وجداول الكميات والمواصفات العامة والخاصة للمشروع المرفقة والمعتمدة من الطرف الثاني جزءًا لا يتجزأ من هذا العقد ومتممة له.

«**البند الثَّاني**»: اتفق الطرفان على أن يقوم الطرف الأول أو من يتعاقد معه على ذلك، بكافة الأعمال اللازمة لتنفيذ المشروع (طبقاً للبيانات الواردة أدناه)، وتسليمه صالحاً للانتفاع في نهاية المدة المتفق عليها، وأن يلتزم بتنفيذ جميع الأعمال، وفقاً للتصاميم والمخططات والرسومات والمواصفات الهندسية، وقائمة الشروط الخاصة وجداول الكميات المقدمة من الطرف الثاني ووفقاً للشروط الخاصة المبينة في هذا العقد.

بيانات المشروع:

«**البند الثَّالث**»: قيمة هذا العقد مبلغ ريال (فقط ريال)، ويلتزم الطرف الثاني بدفعه للطرف الأول طبقاً للبيان التالي:

ـ دفعة مقدمة قدرها ريال قطري. تدفع حين التوقيع على هذا العقد.

ـ الباقي يقسط على عدد ( ) قسطاً شهريًّا.

ـ قيمة كل قسط شهري مبلغ ريال (ريال قطري).

ـ يستحق القسط الأول في / / ١٩٩م.

ومن المعلوم للطرف الثاني أن تواريخ استحقاق الأقساط ليست لها أدنى علاقة بتاريخ تسلم المشروع، كما أن امتداد مدة تنفيذ المشروع للأسباب الموضحة بالبند السَّادس أدناه ليس له أدنى تأثير على استحقاق أقساط قيمة العقد في مواعيدها المحددة آنفاً.

وإجمالاً فإن الأقساط تستحق في مواعيدها المحددة وبصرف النظر عما إذا كان المشروع قد تم بناؤه في الموعد المحدد من عدمه، أو سلم في موعده أم لا.

هذا ويفوض الطرف الثاني الطرف الأول في خصم جميع أقساط الثمن من أي حساب من حساباته طرفه بما في ذلك حسابات الودائع، ويبقى هذا التفويض قائماً طوال مدة سريان هذا العقد.

«**البند الرَّابع**»: تأميناً لسداد مبلغ هذا العقد وافق الطرف الثاني على إجراء رهن عقاري لصالح الطرف الأول على العقار المملوك له التالي بيانه:

رقم سند الملكية:

المنطقة العقارية:

مساحة العقار:

أوصاف العقار:

ويشمل هذا الرهن كافة الإنشاءات التي تعود بمنفعة على الطرف الثاني سواء ما وجد منها قبل الرهن أو بعده وأي ما كانت قيمتها ولو جاوزت قيمة العقار الأصلي في هذا العقد، طالما أصبحت مملوكة للطرف الثاني.

ومن المتفق عليه بقاء هذا الرهن وعدم فكه إلَّا بعد سداد الطرف الثاني لكامل مبلغ هذا العقد أو تقديمه لضمانة أخرى مقبولة لدى الطرف الأول.

«**البند الخامس**»: يتعهد الطرف الثاني بسداد الأقساط الشهرية في مواعيد استحقاقها، وفي حالة تأخره عن دفع قسطين يحل سداد باقي الأقساط فوراً، ويكون من حق الطرف الأول أن يرجع عليه لإلزامه بسداد جميع حقوقه الناتجة عن هذا العقد، فضلاً عن تعويضه عن أية أضرار تلحق به من جراء ذلك، كما يكون من حقه بيع العقار المرهون لصالحه ولاستيفاء جميع حقوقه من متحصلات البيع.

«**البند السَّادس**»: يحق للطرف الأول التعاقد مع إحدى شركات المقاولات لتنفيذ المشروع حسب الشروط والمواصفات المتفق عليها مع الطرف الثاني، كما يحق للطرف الأول في حالة مخالفة شركة المقاولات للشروط المتفق عليها وعدم الوصول إلى اتفاق لحل الخلاف مما يؤثر على سير العمل، استبدالها والتعاقد مع شركة أو شركات أخرى لإكمال تنفيذ المشروع، مع مراعاة امتداد مدة تسليم المشروع (الموضحة تفصيلاً بالبند السَّابع أدناه) تلقائيًّا في حدود الفترة التي استغرقها حل الخلاف أو إجراءات استبدال المقاول المخالف بآخر.

ومن المعلوم للطرف الثاني أن امتداد مدة تسليم المشروع لا تؤثر بأي حال من الأحوال على مدة سداد الأقساط أو تواريخ سداد القسط الأول وفقاً لما ورد بالبند الثَّالث أعلاه.

«**البند السَّابع**»: يلتزم الطرف الأول أو من يتعاقد معه على ذلك بتنفيذ جميع الأعمال اللازمة لتشييد المشروع خلال مدة أقصاها شهراً، وما يضاف إليها من مدد معتمدة من الطرف الثاني واستشاري المشروع، تبدأ من تاريخ استلامه لموقع المشروع استلاماً فعليًّا بموجب المحضر الدال على ذلك ويتعهد بتسليم المشروع صالحاً للانتفاع في نهاية المدة المحددة ما لم تطرأ أسباب قهرية أو ظروف استثنائية تحول دون ذلك.

«**البند الثَّامن**»: قام الطرف الثاني بتعيين المكتب الاستشاري   ليكون وكيلاً عنه في الإشراف على تنفيذ مراحل المشروع المختلفة وتسلم المشروع بعد إتمام التنفيذ بالكامل وعلى أن تكون مهمة هذا الاستشاري الإشراف على جميع أعمال المشروع ومراحل التنفيذ المختلفة والتأكد من أن الأعمال المنجزة قد نفذت طبقاً للمواصفات المطلوبة والشروط المتفق عليها مع قيامه بإعداد شهادات الإنجاز والتي يعتبر توقيعه عليها بمثابة شهادة من الطرف الثاني بتسلمه لجميع الأعمال المنجزة وقبوله لها وإقراراً منه بأنها قد نفذت وفقاً للمواصفات المطلوبة والشروط المتفق عليها.

«**البند التَّاسع**»: يعتبر المشروع أنه قد تم تسليمه للطرف الثاني حال إصدار شهادة إتمام البناء من بلدية الدوحة وتسلمه له أو تسلم المكتب الاستشاري له من المقاول (شركة   ).

«**البند العاشر**»: يقبل الطرف الثاني قبولاً نهائيًّا وباتًّا ضمان تنفيذ جميع الأعمال بالمشروع من الجهة التي يتعاقد معها الطرف الأول لتنفيذ المشروع وحيث أن شركة   قد ضمنت المشروع للطرف الثاني، فإنه وبموجب هذا يتنازل عن حقه في الرجوع على الطرف الأول في أية مطالبة أو ادعاء قد ينشأ مستقبلاً بعد تسلم المشروع، ويلتزم الطرف الثاني بناءً على ذلك بالرجوع على شركة المقاولات المنفذة في أية مطالبة أو ادعاء.

«**البند الحادي عشر**»: في حالة تأخر الطرف الأول أو من يتعاقد معه عن اتمام تنفيذ المشروع في الموعد المحدد فإن الطرف الراجع التأخير إليه يتحمل جميع الأضرار التي تنتج عن هذا التأخير ما لم تكن هناك أسباب قهرية لم يتسبب فيها وتكون خارجة عن إرادته.

ويشترط لاستحقاق التعويض:

١ ـ أن يكون الضرر الحادث ضرراً فعليًّا ومتوقعاً ومباشراً.

٢ ـ ألا يزيد مقداره عن غرامة التأخير المدرجة في عقد المقاولة المؤرخ في / / ١٩٩م وقدرها ريال عن كل يوم تأخير.

«**البند الثَّاني عشر**»: في حالة وجود أية أعمال إضافية أو تعديلات يقترح الطرف الثاني ضرورة إدخالها مما قد يؤثر على شروط وقيمة ومدة هذا العقد، فإن على الطرف الثاني مراجعة الطرف الأول وللاتِّفاق على تعديل العقد أو للحصول على موافقته على التعديل المقترح قبل تنفيذ أية أعمال خلاف الأعمال المعتمدة، سواء كان ذلك بالزيادة أو النقصان مع إمداد الطرف الأول بنسخة عن المخططات والتصاميم والمواصفات المعدلة.

«**البند الثَّالث عشر**»: أي خلاف أو نزاع ينشأ بين طرفي/ أطراف هذا العقد خاص بتفسير أو تنفيذ أي بند من بنوده يعرض على هيئة تحكيم ثلاثية يتم اختيارها كالتالي:

١ ـ محكم يتم ترشيحه من قبل هيئة الرقابة الشرعية للطرف الأول.

٢ ـ محكم يتم ترشيحه من قبل غرفة تجارة وصناعة قطر.

٣ ـ محكم مرجح يتم ترشيحه من قبل المحكمين الأولين، فإذا لم يتفقا على ذلك تفوض هيئة الرقابة الشرعية للطرف الأول في ترشيحه.

وتبدأ إجراءات التحكيم بموجب كتاب مسجل يرسل من طالب التحكيم للطرف الثاني للنزاع يعلنه بموجبه بأسباب النزاع والطلبات المراد الحكم بها ورغبته في إحالة الموضوع للتحكيم وذلك في خلال أسبوعين من تاريخ إرسال الكتاب المسجل.

فإذا انقضت تلك المدة دون أن يتسلم طالب التحكيم ردًّا من الطرف الثاني للنزاع أو دون أن يتم الاتفاق بين طرفي النزاع على إحالته للتحكيم، فإنه يحق لطالب التحكيم السير فوراً في إجراءات التحكيم وذلك بإرسال كتابين مسجلين: الأول لهيئة الرقابة الشرعية للطرف الأول والثاني لغرفة

تجارة وصناعة قطر (ونسخة منهما للطرف الثاني للنزاع)، وذلك على العنوان التالي: ص.ب: ٦٦٤ الدوحة ـ قطر لهيئة الرقابة الشرعية للطرف الأول. ص.ب: ٤٠٢ لغرفة تجارة وصناعة قطر، يعلنهما بموجبهما بنشوء نزاع بينه وبين أحد/ باقي أطراف هذا العقد (مع ذكر ملخص النزاع والطلبات المراد الحكم بها)، وعدم توصلهما إلى اتفاق بشأنه، وطالباً ترشيح محكم من كل منهما لنظر ذلك النزاع.

وبمجرد ورود اسمي العضوين المرشحين، يجب على الطرف طالب التحكيم إرسال كتاب مسجل إلى الطرف الثاني للنزاع يعلنه فيه بضرورة تواجده بمقر الطرف الأول وفي مواعيد عمله الرسمية (من الساعة السَّابعة والنصف صباحاً وحتى الساعة الحادية عشر والنصف صباحاً) للتوقيع على وثيقة التحكيم، مع إخطاره باسمي المحكمين اللذين تم ترشيحهما من قبل هيئة الرقابة الشرعية للطرف الأول وغرفة تجارة وصناعة قطر، وذلك في خلال عشرة أيام من تاريخ إرسال الكتاب المسجل.

إذا تواجد الطَّرف الثَّاني للنزاع بمقر الطَّرف الأوَّل خلال المهلة المحددة، يتم التوقيع على وثيقة التحكيم والتي يجب فيها تسمية المحكم المرجح مع تحديد أول جلسة لنظر النزاع وآخر ميعاد لتقديم المستندات ومذكرات الدفاع، فإذا تخلف الطَّرف الثَّاني للنزاع عن الحضور فإنه يتم إبلاغه بواسطة هيئة التحكيم بموجب كتاب مسجل بميعاد أول جلسة للتحكيم، فإذا لم يحضر ـ رغماً عن ذلك ـ تؤجل الجلسة الأولى إلى جلسة أخرى، تعقد في خلال مدة أقصاها أسبوعين يعلن بها الخصم الغائب، فإذا لم يحضر الأخير الجلسة المؤجلة أو لم يودع مستنداته أو مذكرة بدفاعه، ينظر النزاع في غيبته ويصدر الحكم بناءً على المستندات المقدمة في النزاع وفي نطاق ما ورد بوثيقة التحكيم، ويسري نفس الحكم في حالة حضور الطَّرف الثَّاني للنزاع لإحدى جلسات التحكيم وغيابه عن باقي الجلسات حتى ولو لم يودع مستنداته أو مذكرة بدفاعه.

في حالة استقالة أي محكم (بما في ذلك رئيس الهيئة) أو وفاته (لا قدر الله ذلك) أو امتناعه أو عجزه عن العمل أو اعتزاله أو عزل منه أو قام مانع من مباشرته له يعين محكم بدله بنفس الطريقة التي عين بها المحكم الأصلي. ويكون للخلف جميع سلطات المحكم الأصلي ويقوم بجميع واجباته.

ويتم الفصل في النزاع على أساس ما ورد ببنود هذا العقد في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية ونصوص القوانين القطرية والأعراف والقواعد الخاصة والعامة التي لا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية.

وتحدد الهيئة الإجراءات الخاصة بها مستهدية في هذا الشأن بإجراءات التحكيم الواردة في قانون المرافعات القطري رقم ١٣ لسنة ١٩٩٠م (المواد من ١٩٠ حتى ٢١٠).

ويكون لهيئة التحكيم الحق في الفصل في جميع طلبات طرفي النزاع المرتبطة بالنزاع الأصلي. وفي جميع المسائل الأوَّلية التي يتوقف عليها الفصل في النزاع الأصلي بما في ذلك الفصل في جميع المسائل المتعلقة باختصاصها، عدا المسائل التي تخرج أصلاً عن ولايتها.

وعلى سبيل المثال يكون لهيئة التحكيم من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد طرفي النزاع اتخاذ ما يلي من إجراءات الإثبات: ندب الخبراء، سماع الشهود، توجيه اليمين المتممة، توجيه اليمين الحاسمة.

ويجب أن يصدر حكم هيئة التحكيم في خلال ثلاثة أشهر على الأكثر من تاريخ توقيع المحكمين على وثيقة التحكيم، ما لم يرتض طرفا النزاع كتابة بامتداده.

ويكون حكم هيئة التحكيم سواء صدر بالإجماع أم بالأغلبية باتاً ونهائيًّا وغير قابل للطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن.

إذا ثارت أية منازعة بين طرفي النزاع بشأن تفسير حكم هيئة التحكيم فإنه يجوز لأيهما أن يطلب كتابة من هيئة التحكيم في خلال مدة أقصاها خمسة عشر يوماً من تاريخ صدور الحكم. إصدار تفسير له، وعلى الهيئة إصدار التفسير المطلوب في غضون خمسة عشر يوماً من تاريخ تسلمها لطلب التفسير، ويعتبر الحكم الصادر بالتفسير متمماً من كل الوجوه للحكم الذي يفسره ويسري عليه ما يسري على الحكم الأصلي من كونه باتًّا ونهائيًّا، ولا يترتب على تقديم طلب التفسير وقف تنفيذ الحكم الأصلي.

هذا ويلتزم من يحكم ضده من طرفي النزاع بجميع مصروفات التحكيم وأتعاب المحكمين أو بنسبة ما يحكم به عليه، وعلى أن تسدد أتعاب المحكمين مقدماً وبالتساوي بين طرفي النزاع عند التوقيع على وثيقة التحكيم، أو تسدد كاملة من طالب التحكيم في حالة غياب الطَّرف الثَّاني للنزاع.

«**البند الرَّابع عشر**»: يقر المتعاقدان باتخاذهما محلًّا مختاراً لهما بالعنوان الموضح بصدر هذا العقد وجميع المراسلات والإعلانات التي ترسل لهما بهذا العنوان تعتبر صحيحة وقانونية.

وفي حالة تغير/ تغيير العنوان الموضح بصدر هذا العقد ـ لأي سبب كان ـ فإنه يتوجب على الطَّرف المعني إبلاغ الطَّرف الآخر فوراً ودون إبطاء بالعنوان الجديد، وإلا اعتبرت جميع المراسلات والإعلانات المرسلة على العنوان الموضح بصدر هذا العقد صحيحة وقانونية.

«**البند الخامس عشر**»: حرر هذا العقد من نسختين بيد كل طرف نسخة للعمل بموجبها.

والله ولي التوفيق.

الطَّرف الأوَّل **الطَّرف الثَّاني**

❑❑❑

عقد مقاولة

أنه في يوم   الموافق   /   /   ١٩٩م فيما بين كل من:

١ ـ بنك قطر الدولي الإسلامي:

ومقره شارع الكهرباء ص.ب: ٦٦٤

ويمثله السيد/

بصفته:

(طرفاً أولاً / ربّ العمل)

٢ ـ السادة/

ويمثلها السيد/

بصفته/

(طرفاً ثانياً/ المقاول)

«تمهيد»:

بموجب عقد استصناع مؤرخ في / / ١٩٩م مبرم بين الطَّرف الأوَّل والسيد/ السادة (المالك)، وافق الطَّرف الأوَّل على قيامه ببناء   (المشروع) على قطعة الأرض المملوكة للأخير بموجب سند الملكية رقم ووفقاً للتصاميم والمخططات والرسومات والمواصفات وجداول الكميات والشروط العامة والخاصة بالمشروع المرفقة بهذا العقد.

وحيث إن الطَّرف الثَّاني بصفته شركة متخصصة في أعمال البناء ولديه الإمكانيات والخبرة الكافية لإتمام مثل هذه الأعمال فقد عرض على الطَّرف لأول قيامه ببناء   على قطعة الأرض رقم   المملوكة للسيد/ السادة/   (المالك) بمبلغ إجمالي وجزائي   قدره/ ريال يدفع طبقاً لما هو موضح أدناه، وعلى أن يسلم المشروع كاملاً في مدة أقصاها   شهر تبدأ من تاريخ التوقيع على هذا العقد.

وحيث إن الطَّرف الأوَّل قد وافق على عرض الطَّرف الثَّاني مع احتفاظه بحقه في إكمال المشروع بنفسه أو عن طريق مقاول آخر في حالة إخلال الطَّرف الثَّاني بأحد الالتزامات المفروضة عليه بموجب شروط هذا العقد. . وحيث إن الطَّرف الثَّاني قد وافق على ذلك.

فقد اتفق الطَّرفان وهما على أهليتهما للتعاقد شرعاً على إبرام هذا العقد وفقاً للشروط التالية:

«**البند الأوَّل**»: يعتبر التمهيد السابق والتصميمات والمخططات والرسومات والمواصفات وجداول الكميات وقائمة الشروط الخاصة بالمشروع المرفقة بهذا العقد جزءًا لا يتجزأ منه تقرأ وتفسر معه.

«**البند الثَّاني**»: بموجب هذا العقد قبل الطَّرف الثَّاني أن يقوم ببناء (المشروع) لحساب الطَّرف الأوَّل على قطعة الأرض رقم المملوكة للسيد/ للسادة وذلك طبقاً للرسوم والتصميمات والمواصفات وقائمة الشروط المرفقة والموقعة من الطَّرفين والمعدة من قبل.

تفصيلات المشروع:

«**البند الثَّالث**»: يقر الطَّرف الثَّاني بأنه قد اطلع ودرس بنفسه جميع الشروط والمواصفات والرسومات المرفقة بهذا العقد، وتحقق من تفصيلات العملية وموقع الأرض وطبيعتها وطبيعته. وأنه قد حدد ثمن المقاولة الإجمالي والجزائي على أساس هذه التفصيلات، كما تعهد بالقيام بجميع الأعمال المطلوبة المدرجة بهذا العقد أو مرفقاته دون استثناء.

«**البند الرَّابع**»: يتعين على الطَّرف الثَّاني فحص الرسومات قبل تنفيذها، وإخطار الطَّرف الأوَّل في الوقت المناسب بكل خطأ أو سهو قد يكتشفه فيها، على أنه لا يحق له إجراء أي تغيير أو تعديل في المشروع من تلقاء

نفسه دون تصريح كتابي بذلك من المهندس الاستشاري المعين من قبل الطَّرف الأوَّل أو المالك.

«**البند الخامس**»: على الطَّرف الثَّاني استخراج جميع الرخص اللازمة لتنفيذ وإحضار جميع المواد والمهمات بمصروفات على عاتق الطَّرف الثَّاني، واتباع جميع لوائح التنظيم وتعليمات شرطة المرور الخاصة بإشغالات الطريق، وهو المسؤول وحده عن كل مخالفة للقوانين والتعليمات والقرارات المعمول بها أو التي تصدر أثناء العمل، كما عليه اتخاذ كافة الاحتياطات اللازمة لمنع حدوث ضرر للمباني المجاورة أو للغير أو للطرف الأوَّل بسبب تنفيذ هذه المقاولة.

«**البند السَّادس**»: يلتزم الطَّرف الثاني بإحضار جميع المواد اللازمة للعمل من أجود الأصناف الموجودة بالسوق المحلي، وعليه استخدام عدد كافٍ من العمال والمشرفين والمهندسين المتخصصين لحسن سير العمل، وذلك على نفقته الخاصة، كما عليه تحمل ثمن استهلاك المياه اللازمة للبناء.

«**البند السَّابع**»: يتعهد الطَّرف الثاني بأن يقوم بتنفيذ أعمال المقاولة كافة والإشراف عليها بنفسه، ويحظر عليه التنازل عن المقاولة، وإلا حق للطرف الأوَّل اعتبار هذا العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار.

فإذا رغب الطَّرف الثاني في إسناد جزء من أعمال المقاولة لمقاول من الباطن، فإنه يتوجب عليه تقديم البيانات الكاملة عن العمل المطلوب إسناده وعن المقاول من الباطن، لاستشاري المشروع للحصول على موافقته الكتابية قبل التعاقد.

«**البند الثَّامن**»: يكون الطَّرف الثاني مسؤولاً بمفرده عن سلامة العمال والجمهور وأملاك الغير، وعليه اتخاذ الاحتياطات اللازمة لذلك، كما يكون مسؤولاً عن أية جريمة يرتكبها أحد عماله، وعليه تعيين من يلزم من الأشخاص لحراسة المشروع والمواد الموجودة به وما يتم بناؤه من أجزائه

لحين تسليمه للطرف الأوَّل. . وتنفيذاً لذلك فقد تعهد الطَّرف الثاني بإجراء جميع أنواع التأمين التالية (لدى شركة تأمين إسلامية).

١ ـ التأمين على المشروع ضد الأخطاء التي تتناسب مع طبيعته بقيمة تعادل قيمة المقاولة، وعلى أن تصدر الوثيقة لصالح الطَّرف الأوَّل.

٢ ـ التأمين من المسؤولية عن الأضرار التي قد تقع للعمال أو الجمهور أو أملاك الغير وذلك بقيمة تتناسب مع التالي:

(أ) عدد عمال وموظفي المشروع.

(ب) موقع المشروع.

(ج) أملاك الغير المجاورة للمشروع.

هذا ويتعهد الطَّرف الثاني بتسليم الطَّرف الأول أصل وثائق التأمين المنوه عنها آنفاً خلال أسبوعين على الأكثر من تاريخ توقيع هذا العقد، وإلا يكون من حق الطرف الأول إجراء التأمين حسماً من مستحقّات الطرف الثاني لديه ودون اتخاذ أي إجراء آخر.

ومن المتفق عليه بين الطرفين أنه يحق للطرف الأول تجديد وثائق التأمين قبل انتهاء صلاحياتها بأسبوعين على الأقل ـ في حالة تقاعس الطرف الثاني عن ذلك ـ حسماً على حساب الأخير طرفه.

«**البند التَّاسع**»: على الطرف الثاني القيام بعملية البناء حسب أصول وفن الصنعة. ويكون مسؤولاً عن متانة الأعمال التي يقوم بها وقوة احتمالها كما يتوجب عليه تنظيف موقع المشروع، من كافة مخلفات البناء، وإلا كان من حق الطرف الأول إزالتها حسماً على حساب الطرف الثاني.

«**البند العاشر**»: لمالك المشروع الحق في تعيين من يختاره من المكاتب الهندسية الاستشارية لمراقبة سير العمل طبقاً للشروط والمواصفات

المتفق عليها، وعلى الطرف الثاني اتباع إرشاداته والعمل على تنفيذها بدقة، على أن ذلك لا يخلي المقاول من المسؤولية قبل الطرف الأول.

هذا وقد عين المالك مكتب   ليكون استشاري المشروع ووكيلاً عنه في مراقبة سير العمل واستلام المشروع.

«**البند الحادي عشر**»: الثمن المتفق عليه لجميع أعمال هذه المقاولة وتسليم   حسب الشروط الفنية والرسومات والمواصفات وقائمة الشروط المرفقة، قد تحدد بمبلغ إجمالي وجزائي
قدره/   ريال (فقط   ريال) يسدد من الطرف الأول للطرف الثاني على دفعات بالكيفة الآتية:

رقم الدفعة	مقدار الدفعة	بيان الأعمال المنجزة
الأولى:		
الثانية:	دفعة شهرية حسب الأعمال المنجزة.	
الثَّالثة:	دفعة شهرية حسب الأعمال المنجزة.	
الرَّابعة:	دفعة شهرية حسب الأعمال المنجزة.	
دفعة التسليم	عند التسليم الابتدائي للمشروع.	
دفعة الضمان	بعد مضي ستة أشهر/ سنة من التسليم الابتدائي للمشروع (التسليم النهائي)	

مع العلم بأن قيام الطرف الأول بدفع هذه المبالغ للطرف الثاني لا يعتبر بأي حال من الأحوال تسليماً منه بأن الأعمال قد تمت أو نفذت طبقاً للمواصفات والشروط المتفق عليها.

كما أنه من المتفق عليه أن الدفعات المشار إليها بعاليه لا يتم صرفها إلَّا بعد إجازة المهندس الاستشاري لما تم من أعمال، وفي غضون خمسة عشر يوماً من تاريخ إصدار شهادة الإنجاز.

«**البند الثاني عشر**»: يلتزم الطرف الثاني بتقديم ـ وذلك قبل تسلمه الدفعة المقدمة ـ خطاب ضمان بنكي غير مشروط وغير قابل للإلغاء بمبلغ ريال (فقط ريال قطري) صالح حتى تاريخ التسليم الابتدائي).

«**البند الثَّالث عشر**»: الثمن المتفق عليه لإنجاز هذه المقاولة المشار إليه بالبند الحادي عشر أعلاه هو ثمن إجمالي وجزائي ونهائي، وعلى ذلك فإنه لا يحق لأحد الطرفين طلب تعديله تحت أي ظرف ومهما حدث من تقلبات في أسعار مواد البناء أو الديكورات أو أجور العمال.

«**البند الرَّابع عشر**»: يقر الطرف الثاني بأنه قد استلم بالفعل موقع المشروع جاهزاً للبدء في العمل الفوري.

«**البند الخامس عشر**»: التسليم الابتدائي للمشروع:

تحدد لتنفيذ جميع الأعمال الخاصة بهذه المقاولة مدة أقصاها شهر تبدأ من تاريخ توقيع الطرف الثاني على هذا العقد، هذا ويتعهد الأخير بتسليم تسليماً ابتدائيًّا في نهاية هذه المدة ـ وما يضاف عليها من مدد معتمدة من المالك والاستشاري ـ تامة البناء واللوازم حسب الرسومات والمواصفات وقائمة الشروط المرفقة. . فإذا تأخر الطرف الثاني عن التسليم في الموعد المحدد يكون ملزماً بأن يدفع للطرف الأول تعويضاً حدد من الآن وباتفاق الطرفين وبصفة نهائية بمبلغ ريال (ريال) عن كل يوم تأخير فإذا تجاوزت مدة التأخير خمسة وأربعين يوماً اعتبر هذا العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه، ويكون من حق الطرف الأول تكليف مقاول آخر بإكمال المقاولة خَصماً على حساب الطرف الثاني ودون حاجة لاتخاذ أي إجراء آخر.

هذا ويكون من حق الطرف الأول ـ تنفيذاً لحقه في الفسخ والإكمال ـ دخول موقع المشروع واستلامه وعلى أن يتم ذلك في وجود استشاري المشروع والذي يتوجب عليه تحرير محضر إثبات حالة يتضمن بالتفصيل الأعمال التي قام بها الطرف الثاني وقيمتها التقديرية وقت استلام الطرف الأول لموقع المشروع، مع بيان تفصيلي للمواد الخام والمعدات والمهمات العائدة للطرف الثاني الموجودة بالموقع، والذي يتوجب عليه استلامها وسحبها من الموقع في خلال أسبوعين من تاريخ تحرير محضر إثبات الحالة، وإلا ظلت في الموقع على مسؤوليته الكاملة، ولن يكون الطرف الأول مسؤولاً بعد ذلك عن أي نقص أو تلف يحدث بها.

وإضافة لما سبق يتعهد الطرف الثاني بأن يدفع لاستشاري المشروع أتعابه الشهرية المقدرة بمبلغ ريال وذلك على أساس تناسبي عن أي مدة تأخير.

«**البند السَّادس عشر**»: تسري أحكام المادة السابقة أيضاً على الطرف الثاني إذا توقف عن العمل لأي سبب أو تباطأ فيه بصورة لن تمكنه من إتمام المشروع في الميعاد المتفق عليه أو قام به على وجه معيب أو منافٍ للشروط.

«**البند السَّابع عشر**»: التسليم النهائي للمشروع:

على الطرف الثاني تسليم جميع الأعمال الخاصة بهذه المقاولة تسليماً نهائيًّا بعد ٤٠٠ يومٍ من تاريخ التسليم الابتدائي (فترة الصيانة)، ويتوجب على الطرف الثاني خلالها أن يقوم بإجراء جميع أعمال الصيانة المطلوبة فور طلبها وفي خلال مدة أقصاها شهر من تاريخ طلبها كتابة، وإلا كان من حق الطرف الأول أو مالك المشروع إجراؤها خَصماً على حساب الطرف الثاني.

«**البند الثَّامن عشر**»: إذا هلك البناء أو شيء منه قبل تسليمه للطرف الأول فإنها تهلك على الطرف الثاني، والذي لا يكون له أن يطالب بثمن عمله أو رد نفقاته، وكذا الحال إذا هلكت أو سرقت المواد التي أحضرها.

«**البند التَّاسع عشر**»: يلتزم الطرف الثاني بالتقيد بالقواعد ونظم البناء المعمول بها في دولة قطر، ولا يجوز له أن يقبل أية تعليمات تخالف على أي وجه كان شروط التصميم أو نظم البناء المشار إليها، وفي حالة وقوع مثل هذه المخالفة يتم تصحيح الأعمال المخالفة، على نفقة الطرف الثاني، دون سواه، ويكون للطرف الأول أن يتأكد من التزامه بالتنفيذ، وفقاً لتلك النظم والقواعد، وإجراء التصحيحات والتعديلات اللازمة عند مخالفتها.

«**البند العشرون**»: يلتزم المقاول ـ لإمكان قيام الاستشاري بعمله على أكمل وجه ـ باتباع التالي:

١ ـ في حالة وجود أية اختلافات بين الرسومات والمواصفات العامة أو الخاصة، فعلى المقاول اتباع الأفضل الذي يقرره الاستشاري، متنازلاً بذلك عن أحقيته في المطالبة بأية فروق في الأسعار.

٢ ـ المحافظة على الدفتر المرقم المسلم إليه من الاستشاري (دفتر الموقع) على أن يسجل فيه محاضر زيادة الاستشاري، وأن ينفذ جميع التعليمات المدرجة فيه الصادرة بمناسبة الزيارات المعنية.

هذا مع التزامه بتسليم الطرف الأول نسخة من محاضر الزيارة بمعدل مرة كل شهر.

٣ ـ تعيين مسؤول عن تنفيذ المشروع (مهندس) له خبرة جيدة في تنفيذ المشاريع المماثلة، مقيم إقامة كاملة في موقع المقاولة طوال فترة العمل والتي يجب ألا تقل عن ٨ ساعات يوميًّا، وكذلك مراقب أبنية بخبرة مناسبة لتنفيذ الأعمال، وللاستشاري الحق في طلب تغييرها إذا ما تبين له ضعف كفاءتهما.

٤ ـ أما في حالة اكتشاف الاستشاري عدم تواجد مسؤول التنفيذ بالموقع، فإن له الحق في إيقاف العمل في المشروع حتى تمام انتظامه، فإذا تكرر ذلك العمل، فإنه يكون من حق الاستشاري إيقاف العمل في المشروع حتى تمام تغييره.

٥ ـ يجب على المقاول عدم تنفيذ أعمال الخرسانة المسلحة أو الدفان أو عوازل المياه والرطوبة إلَّا في حضور الاستشاري وتحت إشرافه، وعلى أن يتم تحرير محضر بذلك في دفتر الموقع.

٦ ـ يجب على المقاول تقديم الجدول الزمني الخاص بسير العمل بالمشروع ومراحل تقدمه حسب خطة التنفيذ الموضوعة لاعتماده من الاستشاري.

٧ ـ يلتزم المقاول بتوريد وتركيب المواد المتفق عليها بعد اعتماد عيناتها من الاستشاري والمالك، وأن تكون المواد الموردة طبقاً لهذه العينات.

وإجمالاً فإنه على المقاول الالتزام التام وتنفيذ جميع التعليمات والملاحظات الصادرة إليه من الاستشاري.

«**البند الواحد والعشرون**»: يضمن الطرف الثاني للطرف الأول ومالك العقار السيد/ السادة   ما يحدث للبناء بعد تسليمه له من تهدم كُلي أو جزئي ولو كان التهدم ناشئاً عن عيب في طبيعة الأرض ذاتها وكذلك ما يوجد بالمبنى من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته، وتحسب مدة الضمان هذه طبقاً للعرف المتبع في سوق صنعة البناء ووفقاً لما نص عليه القانون القطري (عشر سنوات كحد أدنى تحسب من تاريخ الاستلام الابتدائي للمشروع).

أما بخصوص أعمال الصبغ والصحي والتوصيلات الكهربائية فمدة ضمانها عام كامل كحدٍّ أدنى تحسب من تاريخ الاستلام الابتدائي للمشروع.

أما عوازل الأسطح والحمامات فمدة ضمانها خمس سنوات كحد أدنى تُحسب من تاريخ الاستلام الابتدائي للمشروع.

«**البند الثاني والعشرون**»: يقر المتعاقدان باتخاذهما محلًّا مختاراً لهما بالعنوان الموضح بصدر هذا العقد وجميع المراسلات والإعلانات التي ترسل لهما بهذا العنوان تعتبر صحيحة وقانونية.

وفي حالة تغير/ تغيير العنوان الموضح بصدر هذا العقد ـ لأي سبب كان ـ فإنه يتوجب على الطرف المعني إبلاغ الطرف الآخر فوراً ودون إبطاء بالعنوان الجديد، وإلا اعتبرت جميع المراسلات والإعلانات المرسلة على العنوان الموضح بصدر هذا العقد صحيحة وقانونية.

«**البند الثَّالث والعشرون**»: أي خلاف أو نزاع ينشأ بين طرفي/ أطراف هذا العقد خاص بتفسير أو تنفيذ أي بند من بنوده يعرض على هيئة تحكيم ثلاثية يتم اختيارها كالتالي:

١ ـ محكم يتم ترشيحه من قبل هيئة الرقابة الشرعية للطرف الأول.

٢ ـ محكم يتم ترشيحه من قبل غرفة تجارة وصناعة قطر.

٣ ـ محكم مرجح يتم ترشيحه من قبل المحكمين الأوليين، فإذا لم يتفقا على ذلك تفوض هيئة الرقابة الشرعية للطرف الأول في ترشيحه.

وتبدأ إجراءات التحكيم بموجب كتاب مسجل يرسل من طالب التحكيم للطرف الثاني يعلنه بموجبه بأسباب النزاع والطلبات المراد الحكم بها ورغبته في إحالة الموضوع للتحكيم وذلك في خلال أسبوعين من تاريخ إرسال الكتاب المسجل.

فإذا انقضت تلك المدة دون أن يتسلم طالب التحكيم ردًّا من الطرف الثاني للنزاع أو دون أن يتم الاتفاق بين طرفي النزاع على إحالته للتحكيم، فإنه يحق لطالب التحكيم السير فوراً في إجراءات التحكيم وذلك بإرسال كتابين مسجلين الأول لهيئة الرقابة الشرعية للطرف الأول والثاني لغرفة تجارة

وصناعة قطر (ونسخة منهما للطرف الثاني للنزاع)، وذلك على العنوان التالي: ص.ب: ٦٦٤ الدوحة ـ قطر لهيئة الرقابة الشرعية للطرف الأول.

ص.ب: ٤٠٢ لغرفة تجارة وصناعة قطر، يعلنهما بموجبهما بنشوء نزاع بينه وبين أحد/ باقي أطراف هذا العقد (مع ذكر ملخص النزاع والطلبات المراد الحكم بها)، وعدم توصلهما إلى اتفاق بشأنه، وطالباً ترشيح محكم من كل منهما لنظر ذلك النزاع.

وبمجرد ورود اسمي العضوين المرشحين، يجب على الطرف طالب التحكيم إرسال كتاب مسجل إلى الطرف الثاني للنزاع يعلنه فيه بضرورة تواجده بمقر الطرف الأول وفي مواعيد عمله الرسمية (من الساعة السَّابعة والنصف صباحاً وحتى الساعة الحادية عشرة والنصف صباحاً) للتوقيع على وثيقة التحكيم، مع إخطاره باسمي المحكمين اللذين تم ترشيحهما من قبل هيئة الرقابة الشرعية للطرف الأول وغرفة تجارة وصناعة قطر، وذلك في خلال عشرة أيام من تاريخ إرسال الكتاب المسجل.

إذا تواجد الطرف الثاني للنزاع بمقر الطرف الأول خلال المهلة المحددة، يتم التوقيع على وثيقة التحكيم والتي يجب فيها تسمية المحكم المرجح مع تحديد أول جلسة لنظر النزاع وآخر ميعاد لتقديم المستندات ومذكرات الدفاع، فإذا تخلف الطرف الثاني للنزاع عن الحضور فإنه يتم إبلاغه بواسطة هيئة التحكيم بموجب كتاب مسجل بميعاد أول جلسة للتحكيم، فإذا لم يحضر ـ رغماً عن ذلك ـ تؤجل الجلسة الأولى إلى جلسة أخرى، تعقد في خلال مدة أقصاها أسبوعان يعلن بها الخصم الغائب، فإذا لم يحضر الأخير الجلسة المؤجلة أو لم يودع مستنداته أو مذكرة بدفاعه، ينظر النزاع في غيبته ويصدر الحكم بناءً على المستندات المقدمة في النزاع وفي نطاق ما ورد بوثيقة التحكيم، ويسري الحكم نفسه في حالة حضور الطرف الثاني للنزاع لإحدى جلسات التحكيم وغيابه عن باقي الجلسات حتى ولو لم يودع مستنداته أو مذكرة بدفاعه.

في حالة استقالة أي محكم (بما في ذلك رئيس الهيئة) أو وفاته (لا قدر الله ذلك) أو امتناعه أو عجزه عن العمل أو اعتزاله أو عزل منه أو قام مانع من مباشرته له يعين محكم بدله بنفس الطريقة التي عين بها المحكم الأصلي، ويكون للخلف جميع سلطات المحكم الأصلي ويقوم بجميع واجباته.

ويتم الفصل في النزاع على أساس ما ورد ببنود هذا العقد في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية ونصوص القوانين القطرية والأعراف والقواعد الخاصة والعامة التي لا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية.

وتحدد الهيئة الإجراءات الخاصة بها مستهدية في هذا الشأن بإجراءات التحكيم الواردة في قانون المرافعات القطري رقم ١٣ لسنة ١٩٩٠م (المواد من ١٩٠ حتى ٢١٠).

ويكون لهيئة التحكيم الحق في الفصل في جميع طلبات طرفي النزاع المرتبطة بالنزاع الأصلي، وفي جميع المسائل الأولية التي يتوقف عليها الفصل في النزاع الأصلي بما في ذلك الفصل في جميع المسائل المتعلقة باختصاصها، عدا المسائل التي تخرج أصلاً عن ولايتها، وعلى سبيل المثال يكون لهيئة التحكيم من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب أحد طرفي النزاع اتخاذ ما يلي من إجراءات الاثبات:

ندب الخبراء، سماع الشهود، توجيه اليمين المتممة، توجيه اليمين الحاسمة.

ويجب أن يصدر حكم هيئة التحكيم في خلال ثلاثة أشهر على الأكثر من تاريخ توقيع المحكمين على وثيقة التحكيم، ما لم يرتضِ طرفا النزاع كتابة بامتداده.

ويكون حكم هيئة التحكيم سواء صدر بالإجماع أو بالأغلبية باتاً ونهائيًّا وغير قابل للطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن.

إذا ثارت أية منازعة بين طرفي النزاع بشأن تفسير حكم هيئة التحكيم فإنه يجوز لأيهما أن يطلب كتابة من هيئة التحكيم في خلال مدة أقصاها خمسة عشر يوماً من تاريخ صدور الحكم: إصدار تفسير له، وعلى الهيئة إصدار التفسير المطلوب في غضون خمسة عشر يوماً من تاريخ تسلمها لطلب التفسير، ويعتبر الحكم الصادر بالتفسير متمماً من كل الوجوه للحكم الذي يفسره ويسري عليه ما يسري على الحكم الأصلي من كونه باتًّا ونهائيًّا، ولا يترتب على تقديم طلب التفسير وقف تنفيذ الحكم الأصلي.

هذا ويلتزم من يحكم ضده من طرفي النزاع بجميع مصروفات التحكيم وأتعاب المحكمين أو بنسبة ما يحكم به عليه، وعلى أن تسدد أتعاب المحكمين مقدماً وبالتساوي بين طرفي النزاع عند التوقيع على وثيقة التحكيم، أو تسدد كاملة من طالب التحكيم في حالة غياب الطَّرف الثَّاني للنزاع.

«**البند الرَّابع والعشرون**»: تحرر هذا العقد من نسختين بيد كل طرف نسخة للعمل بموجبها وتسلم النسخة الثَّالثة لمالك العقار/ لإمكان رجوعه بضمان الأعمال مباشرة على الطَّرف الثَّاني.

والله على ما نقول ونعمل شهيد.

الطَّرف الأوَّل **الطَّرف الثَّاني**

❑❑❑



أحكام التصرُّف في الدُّيون
(دراسة فقهية مقارنة)

تمهيد:

إن من أسباب استمرار الشريعة الإسلامية وصلاحيتها لكل زمان ومكان أن أودع فيها مُنزلها الحكيم الخبير كل ما تحتاج إليه البشرية من حلول لمشاكلهم الفكرية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية، فقال الله تعالى: ﴿أَلَا يَعْلَمُ مَنْ خَلَقَ وَهُوَ ٱللَّطِيفُ ٱلْخَبِيرُ﴾(١).

لذلك لم تحتج هذه الشريعة طوال أكثر من أربعة عشر قرناً إلى أن تنقل قاعدة قانونية، أو مبدأً قانونيًّا من غيرها، بل استطاع الفقهاء المسلمون في كل عصر أن يستنبطوا من الشريعة نفسها الحلول الناجحة لكل مشكلة جدت على الرغم من اختلاف الحضارات وتعدد الشعوب والأقوام.

ولذلك نجد أمامنا تراثاً ضخماً من فقه النوازل لا يوجد أبداً لأية أمة أخرى وهو تراث غني مليء بالتجارب، والحلول الناجحة، صالح للاستفادة منه لجيلنا الحاضر، وللأجيال اللاحقة من خلال التنقية والاجتهاد الانتقائي للوصول إلى ما هو الراجح الذي يدعمه الدليل من الكتاب والسنَّة ومقاصد الشريعة الغراء، ثمَّ الاعتماد على الاجتهاد الإنشائي فيما لا يوجد فيه قول من أقوال فقهائنا الكرام رضي الله عنهم... ولذلك لا نجد قضية من قضايا عصرنا إلَّا ونجد لها حكم الله تعالى إما نصًّا أو دلالة، أو استنباطاً من المبادىء الكلية والقواعد العامة لهذه الشريعة.

---

(١) سورة الملك: الآية ١٤.

ومن هذا المنطلق كان بحثنا حول التصرُّف في الدُّيون بالبيع، ونحوه؛ حيث وجدنا أن النصوص الشرعية قد تناولت أحكامها، وأن فقهاءنا قد فصلوا القول فيها وأن ما استجد منها من أمور يمكن معرفة حكمه بوضوح من خلال المنهج السابق.

ومن هنا كان بحثنا حول التعريف بالدَّين لغة واصطلاحاً، وما ذكره الفقهاء حول الدين والعين بإيجاز، وما يقابلهما في القانون. ثمَّ تطرقنا إلى تقسيمات الدين، وخطورة الدَّين وآثاره السلبية وأسبابه. ثمَّ ركزنا على أحكام التصرُّف في الدُّيون، سائلاً الله تعالى أن يجعل أعمالي خالصة لوجهه الكريم، وأن يعصمني من الخطأ والزلل في العقيدة والقول والعمل، وأن أكون قد وفقت فيما أصبو إليه، إنه مولاي، فنعم المولى ونعم النصير.

التعريف بالدَّين لغةً واصطلاحاً:

الدَّين ـ بفتح الدال ـ لغة يطلق على ما له أجل، وأما الذي لا أجل له فيسمى بالقرض، وقد يطلق عليهما أيضاً، ويقال دنته. وأدنته؛ أي: أعطيته إلى أجل وأقرضته. وداينته؛ أي: أقرضته. وجمعه ديون، وأدين، واسم فاعله دائن، واسم مفعوله: مدين، ومديون عند «تميم» وأصل اشتقاقه ينبىء عن الذل والخضوع، فهو من دان بمعنى خضع واستكان[1].

وقد ورد لفظ الدين ـ بفتح الدال ـ في القرآن الكريم أكثر من مرة، بل إن أطول آية فيه هي آية الدين، قال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكۡتُبُوهُۚ وَلۡيَكۡتُب بَّيۡنَكُمۡ كَاتِبُۢ بِٱلۡعَدۡلِۚ وَلَا يَأۡبَ كَاتِبٌ أَن يَكۡتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ ٱللَّهُۚ فَلۡيَكۡتُبۡ وَلۡيُمۡلِلِ ٱلَّذِي عَلَيۡهِ ٱلۡحَقُّ وَلۡيَتَّقِ ٱللَّهَ رَبَّهُۥ وَلَا يَبۡخَسۡ مِنۡهُ

---

(١) القاموس المحيط (٣/ ٢٢٦)، ولسان العرب (ص١٤٦٧)، والمصباح المنير (١/ ٢٢٠).

شَيْـًٔاۚ فَإِن كَانَ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُۥ بِٱلْعَدْلِۚ وَٱسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْۖ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ أَن تَضِلَّ إِحْدَىٰهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَىٰهُمَا ٱلْأُخْرَىٰۚ وَلَا يَأْبَ ٱلشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُواْۚ وَلَا تَسْـَٔمُوٓاْ أَن تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰٓ أَجَلِهِۦۚ ذَٰلِكُمْ أَقْسَطُ عِندَ ٱللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَٰدَةِ وَأَدْنَىٰٓ أَلَّا تَرْتَابُوٓاْۖ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَاۗ وَأَشْهِدُوٓاْ إِذَا تَبَايَعْتُمْۚ وَلَا يُضَآرَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌۚ وَإِن تَفْعَلُواْ فَإِنَّهُۥ فُسُوقُۢ بِكُمْۗ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَۖ وَيُعَلِّمُكُمُ ٱللَّهُۗ وَٱللَّهُ بِكُلِّ شَىْءٍ عَلِيمٌ﴾(١).

وقد فسره المفسرون بعدة تفسيرات، قال الشافعي: «يحتمل كل دين، ويحتمل السلف»(٢).

وقال الطبري: «إذا تبايعتم أو اشتريتم به، أو تعاطيتم، أو أخذتم به إلى أجل مسمى.. وقد يدخل في ذلك القرض والسلم، وكل ما جاز فيه السلم مسمًّى أُجِّلَ بيعه من الأملاك بالأثمان المؤجلة، كل ذلك من الدُّيون المؤجلة إلى أجل مسمى إذا كانت آجالها معلومة...»(٣).

وقال الجصاص: «ينتظم سائر عقود المداينات التي تصح فيها الآجال» لكنه ذكر أن القرض وإن كان يُسمى ديناً إلَّا أنه لا يدخل في منطوق هذه الآية؛ لأنه في الدُّيون المؤجلة.

فعلى هذا فالدين في الآية هو: «كل دين ثابت مؤجل سواء كان بدله عيناً أو ديناً»(٤).

---

(١) سورة البقرة: الآية ٢٨٢.
(٢) أحكام القرآن للشافعي (١/ ١٣٧).
(٣) تفسير الطبري، تحقيق الأستاذ شاكر، ط دار المعارف (٦/ ٤٣).
(٤) أحكام القرآن للجصاص، ط دار الفكر، بيروت (١/ ٤٨٢ ـ ٤٨٤).

وقد ذكروا أيضاً أن ابن عباس قال: «نزلت هذه الآية في السلم خاصة»، لكنها تتناول جميع المداينات إجماعاً ولأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب[1].

وورد لفظ (الدَّين) في السنَّة المشرَّفة بمعنى الدين الشامل لحقوق الله تعالى وحقوق العباد المتعلقة بالذمة، فقد قال النبي ﷺ في جواب الرجل الذي سأله عن قضاء صوم شهر عن أمه المتوفاة: «**نعم؛ فدين الله أحق أن يقضى**»[2].

وورد مثله في الحج حيث قال: «**نعم حجي عنها، أرأيت لو كان على أمك دين أكنت قاضيته؟ اقضوا الله، فالله أحق بالوفاء**»[3].

وورد فيها بمعنى الدَّين الخاص بالمال الذي ثبت في ذمة شخص لشخص آخر مثل قوله ﷺ حينما أتى بجنازة: «**هل عليه من دين؟**» قالوا: نعم[4].

وفي رواية قالوا: ثلاثة دنانير، فقال أبو قتادة: وعليَّ دينه[5].

وأما الفقهاء فقد أطلقوا الدين على معنيين: معنى عام، ومعنى خاص:

---

(١) وراجع: تفسير ابن عطية، ط مؤسسة دار العلوم بالدوحة (٢/ ٥٠٠)، وأحكام القرآن لالكيا الهراس (١/ ٣٦٤)، وأحكام القرآن لابن العربي (١/ ٣٤٢)، وتفسير القرطبي، ط دار الكتب (٣/ ٣٧٧)، وزاد المسير في علم التفسير لابن القيم (١/ ٣٤٠)، والتحرير والتنوير للشيخ محمد الطاهر بن عاشور، ط دار التونسية (٣/ ٩٩).

(٢) رواه البخاري في صحيحه ـ مع الفتح ـ كتاب الصوم (٤/ ١٩٢)، ومسلم في صحيحه (٢/ ٨٠٤).

(٣) رواه البخاري في صحيحه ـ مع الفتح ـ كتاب الحج (٤/ ٦٤).

(٤) رواه البخاري في صحيحه ـ مع الفتح ـ كتاب الكفالة (٤/ ٤٧٤).

(٥) المصدر السابق نفسه (٤/ ٧٦٤).

الأول: الإطلاق عام: وهو على كل ما يجب في ذمة الإنسان بأي سبب من الأسباب سواء كان من حقوق الله تعالى، أو من حقوق العباد، وقد رأينا أنه بهذا المعنى قد ورد في السنة المشرفة أيضاً، ذكر الحافظ ابن حجر أن لفظ الدَّين يشمل كل حق ثبت في ذمة الشخص من حج وكفارة ونذر، وزكاة ونحوها[1].

فعلى هذا يمكن تقسيم الدين إلى نوعين: دين الله تعالى ودين الآدمي.

والثَّاني: الإطلاق خاص: إطلاقه على ما يثبت في ذمة الإنسان بسبب عقد، أو استهلاك، أو استقراض، أو تحمل التزام، أو قرابة ومصاهرة[2].

ولا يخفى أن هذا المعنى أخص من المعنى الأوَّل إذ هو خاص بما ثبت من حقوق العباد في ذمة المدين، ومقابله العين، والعمل، والنفس.

قال الكاساني: «إن المكفول به أربعة أنواع: عين، ودين، ونفس، وفعل ليس بدين ولا عين ولا نفس»[3].

فعلى ضوء هذا يقسم محل الالتزامات إلى هذه الأنواع الأربعة، ولكننا لو دققنا النظر فيه لأمكن إرجاع الجميع إلى الدين والعين، إذ الفعل الملتزم به داخل في الدين ما دمنا نحن فسرناه بما ثبت في الذمة، لا بالمال فقط، وكذلك الالتزام بإحضار نفس، راجع إلى الحق المتعلق بالعين[4].

---

(١) فتح الباري (٤/ ٦٦).

(٢) يراجع: حاشية ابن عابدين على الدر المختار، ط دار الفكر (٥/ ١٥٧)، وفتح القدير مع شرح العناية على الهداية (٥/ ٤٣١)، وكشاف اصطلاحات الفنون للتهانوي (٢/ ٤)، والمنثور في القواعد للزركشي(٢/ ١٥٨)، والقواعد لابن رجب (ص٥٤)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص٣٦٤)، وتبيين الحقائق للزيلعي (٤/ ١٧١)، والبحر الرائق (٦/ ٤٦).

(٣) بدائع الصنائع (٧/ ١٤١٥).

(٤) المصادر السابقة، ويراجع في الدين والعين: د. السنهوري: مصادر الحق (١/ ٤٧)، ود. محمد زكي عبد البر: الدَّين والعين في الفقه الإسلامي، بحث في مجلة القانون والاقتصاد سنة ٤٣.

ويقابل هذين المصطلحين الشرعيين مصطلحان في القانون المدني هما:

الحق الشخصي والحق العيني، فالحق الشخصي ـ ويسمى الالتزام أيضاً ـ هو رابطة بين شخصين دائن ومدين؛ بمقتضاها يطالب الدائن المدين بإعطاء شيء؛ أي: بنقل ملكية شيء أو القيام بعمل، أو بالامتناع عن عمل. وأما الحق العيني، فهو سلطة يمنحها القانون لشخص على عين بالذات[1].

ونحن لسنا بصدد الخوض في تفاصيل هذه المسألة إذ إن بحثنا معقود لبيان الدُّيون المالية[2]، وسأتناولها في هذه الأمور:

الأمر الأوَّل: تقسيمات الدَّيْن باعتبار الزمن

يقسم الدَّين باعتبار الزمن إلى حالٍّ ومؤجل.

فالدَّينُ الحالُّ هو ما يجب أداؤه عند طلب الدائن، ويقال له الدين المعجل أيضاً.

والدين المؤجل هو ما لا يجب أداؤه قبل حلول الأجل، لكن لو أدي قبله يصح، ويسقط عن ذمته[3].

وقد ذكر الزركشي أن الدَّين المؤجل يحلُّ بموت المدين إلَّا في ثلاث صور:

الأولى: المسلم إذا لزمته الدية ولا مال له ولا عصبة تحمَّل عنه بيت المال، فلو مات أخذ من بيت المال مؤجلاً...

---

(١) د. السنهوري: الوسيط (١/١٠٣)، ود. محمد زكي عبد البر: بحثه السابق (ص٦)، ود. محمود جمال الدين زكي: الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ط جامعة القاهرة ١٩٧٨ (ص١١).

(٢) يراجع في تفصيل ذلك: المصادر السابقة.

(٣) المنثور في القواعد للزركشي (٢/١٥٨).

الثَّانية: إذا لزمت الدية في الخطأ وشبه العمد الجاني وحده كما لو اعترف وأنكرت العاقلة فإنها تؤخذ من الجاني مؤجلة، فلو مات هل تحل الدية؟ وجهان: أصحهما نعم.

الثَّالثة: ضمن ديناً مؤجلاً ومات الضامن يحل على الأصيل الدين على الأصح، ولو مات الأصيل حل الدين، ولم يحل على الضامن على الصحيح[1].

وكذلك تحل الدُّيون المؤجلة بالفلس عند جماعة من العلماء[2].

قال الزركشي: «ليس في الشريعة دَين لا يكون إلَّا مؤجلاً إلَّا الكتابة والدِّية، وليس فيها دين لا يكون إلَّا حالًّا إلَّا في القرض[3]، ورأس مال السلم، وعقد الصرف، والربا في الذمة...»[4].

وأما الدَّين الحال فقد قال الإمام المتولي والإمام الروياني: إنه لا يتأجل إلَّا في مسألتين:

إحداهما: إذا قال صاحب الدَّين عند حلوله: لله علي أن لا أطالبه إلَّا بعد شهر لزم[5].

الثَّانية: إذا أوصى من له الدَّين الحال أن لا يطالب إلَّا بعد شهر فإنه تنفذ وصيته. وقيدها ابن الرفعة في المطلب بأن يكون في حدود الثلث.

---

(١) المصدر السابق (٢/ ١٥٨ ـ ١٥٩).

(٢) منهم المالكية، والشافعي في أحد قوليه، وأحمد في إحدى روايتيه، انظر: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/ ٢٦٤)، وشرح ابن ميارة على تحفة الحكام (٢/ ٢٤٠)، والروضة (٤/ ٢٨)، والمغني لابن قدامة (٤/ ٤٨١).

(٣) المنثور في القواعد (٢/ ١٥٩).

(٤) وقد استشكلها الزركشي فراجع، المنثور (٢/ ٢٦).

(٥) المصدر السابق.

وقد قسم التهانوي الدَّين إلى دَين صحيح وهو الدَّين الثابت الذي لا يسقط إلَّا بالأداء أو الإبراء كدين القرض ونحوه. وإلى دَين غير صحيح وهو ما يسقط بغيرهما بسبب آخر مطلقاً مثل دَين الكتابة فإنه يسقط بتعجيز العدد المكاتب نفسه[1].

الأمر الثَّاني: خطورة الدَّين وآثاره السلبية

للدُّيون آثار سلبية لا تقف عند الجانب الاقتصادي فقط، بل تتعداه إلى الجوانب السياسية والاجتماعية، وإلى نطاق العقيدة، والأخلاق، والحرية الشخصية.

فقد أشار رسولنا الكريم ﷺ إلى ذلك، حيث كان يستعيذ من الدَّين مع استعاذته من الكفر والإثم، والبخل، والهم والحزن، والعجز والكسل، وغلبة الرجال، فقد روى أحمد في سنده أن النبي ﷺ كان يقول: «**أعوذ بالله من الكفر والدَّين**»[2]، فلا شك أن في جمعهما معاً في استعاذة واحدة إشارة إلى وجود نوع من الترابط والتلازم ـ وإن كان تلازماً عاديًّا ـ بينهما فيما بين عامة الناس الذين لم يتزودوا بزاد التقوى، إذ الدُّيون في الغالب دليل على الفقر وهو إن وجد في الإنسان قد يؤدي به إلى الزلات إن لم يكن قد رُبِّي على الإيمان والقناعة والرضا.

وقد روى البخاري وغيره بسنده أن رسول الله ﷺ كان يقول في دعائه: «**اللَّهُمَّ إني أعوذ بك من الهَمِّ والحزن، والعجز والكسل، والجبن والبخل، وضلع الدَّين وغلبة الرجال**»[3]، فقد استعاذ من ثمانية أشياء بينها ترابط وثيق. فالهم والحزن يؤديان إلى العجز والكسل، وهذا ما أثبته الطب الحديث، فقد أثبت أن نسبة كبيرة من أسباب الأمراض الخطيرة ترجع إلى القلق النفسي

(١) كشاف اصطلاحات الفنون (٢/ ٣٠٥).
(٢) مسند أحمد (٣/ ٢٧).
(٣) صحيح البخاري ـ مع الفتح، ط دار الطباعة بالقاهرة، كتاب الدعوات (٧/ ١٥٥)، مسند أحمد (٢/ ١٧٣ ـ ٣/ ١٢٢).

والهموم، والعكس أيضاً صحيح، حيث إن العجز والكسل يؤديان إلى الأحزان، فالعمل خير وسيلة لطرد الهموم وأن البطالة مكان خصب للمشاكل والغموم.

ثمَّ إن الجبن والبخل يترتب عليهما الهم والحزن، فالجبان خائف مترقب لا يهدأ له باله، ولا تسكن نفسه؛ لأنه يخاف من نفسه؛ وماله، ويعيش في الخوف الذي يصبح له كابوساً يطارده فيحدث له الهم والحزن، وكذلك الأمر في البخيل فهو ممسك ماله لخوفه عليه من الضياع والهلاك، فإذا أنفق شيئاً أو أجبر عليه، فقد لزمته الهموم ويتراكم عليه الخوف، فقد قيل: فالناس لخوف الفقر فقراء.

ثمَّ أشار ﷺ إلى الترابط بين ضلع الدَّين ـ أي: شدته ـ وبين غلبة الرجال، وحقاً إنهما متلازمان في الغالب، ويترتب الثَّاني على الأوَّل، كما أن الديَّن يأتي في الغالب نتيجة للعجز والكسل والهم والحزن.

ثمَّ إن نفس المؤمن المدين معلقة بدينه في يوم القيامة حتى يقضى عنه، بل إن (القتل في سبيل الله يكفر كل شيء إلَّا الدَّين)[1].

وبالإضافة إلى ذلك فإن للدَّين آثاراً سلبية في نطاق الأخلاق والاجتماع والسياسة، فقد أشار الرسول الكريم ﷺ إلى خطورة الدَّين على الأخلاق والسلوك، فقد روى الشيخان وغيرهما بسندهم عن عائشة قالت: كان رسول الله ﷺ يدعو في الصَّلاة فيقول: «**اللَّهُمَّ إني أعوذ بك من المأثم والمغرم**» قالت: فقال له قائل: ما أكثر ما تستعيذ من المغرم! قال: «**إن الرجل إذا غرم حدث فكذب، ووعد فأخلف**»[2].

---

(١) رواه مسلم في صحيحه مرفوعاً، كتاب الإمارة (٣/ ١٥٠٢)، وأحمد في مسنده (٢/ ٢٢٠).

(٢) صحيح البخاري كتاب الاستقراض (٥/ ٥٤)، ومسلم كتاب المساجد (١/ ١٢)، والسنن الكبرى للبيهقي (٥/ ٣٥٦).

بالإضافة إلى أنه قد يسلك سبلاً ملتوية في سبيل الحصول على المال، ولا سيما إذا رأى بجنبه الأغنياء المترفين وقد قيل قديماً: إن صوت المعدة لا تنكر قوته[1].

وفي نطاق السياسة كان للديون آثارها الكبيرة في تبرير المستعمر احتلاله لبعض البلدان، أو كان يحقق أغراضه من خلالها فيعبر نحوها عبر شركاتها الاحتكارية، فقد كانت الشركات الشرقية البريطانية هي التي مهدت لاحتلال الهند، كما أن للديون المتراكمة على الخلافة العثمانية آثاراً خطيرة في إسقاطها[2]، ولا تزال كثرة الدُّيون وتراكمها على بعض الدول الإسلامية لها آثارها الخطيرة على قراراتها السياسية، حيث غلت يداها عما تريدها حقًّا.

الأمر الثَّالث: أسباب الدُّيون وتفاقمها

توجد للديون أسباب مباشرة، وغير مباشرة، فالأولى هي ما يسميه الفقه الإسلامي بالسبب الشرعي، حيث سمى العقد مثلاً سبباً لترتب آثاره، ويسميه الفقه الوضعي بمصادر الالتزام، والثَّانية هي التي تكون وراء العقد، أو الضمان، فمثلاً: إن السبب غير المباشر للقرض هو الحاجة إلى المال التي تدفع صاحبها إلى الاستقراض وهكذا.

إذن فالأسباب المباشرة للديون هي:

١ ـ العقود التي تترتب عليها التزامات مالية في ذمة الإنسان، وهي تشمل عقد البيع، والقرض، والنكاح وغيرها ولا شك أن القرض هو أهمّ أسباب الدُّيون.

---

(١) الأستاذ الدكتور يوسف القرضاوي مشكلة الفقر وكيف عالجها الإسلام (ص٤).

(٢) انظر: مذكرات السلطان عبد الحميد، ترجمة وتعليق د. محمد حرب في دار الهلال (ص٣٣).

٢ ـ التصرُّف الانفرادي كالنذر ونحوه.

٣ ـ الإتلاف حيث هو سبب لثبوت ما ضمن به من المتلفات، والديات في ذمة المتلف.

٤ ـ الكفالة وتحمل الحمالة والالتزامات عن الناس.

٥ ـ القرابة والمصاهرة حيث جعلهما الشرع سببين لثبوت النفقة على تفصيل فيها.

وأسباب الدُّيون غير المباشرة[١]:

إذا كانت تلك الأمور السابقة أسباباً مباشرة للديون، فإن وراء هذه الأسباب أسباباً أخرى غير مباشرة، فإذا كان القرض هو السبب الشرعي للدين ومصدره، فإن الحاجة هي السبب للاستقراض، وكذلك الأمر بالنسبة للضمان، فالإتلاف هو السبب للضمان الذي يترتب عليه دَين في الذمة وهكذا.

فلما كان السبب الرئيسي في الدُّيون هو القرض؛ فإن الحاجة هي السبب الرئيسي له، ولذلك سنلقي بصيصاً من الضوء على الحاجة وأسبابها.

فحاجة الفرد إلى النقود ـ أو الأعيان لأي غرض من الأغراض ـ تدفعه إلى الاستقراض أو تجعله غير قادر على أداء ما عليه، بحيث لا يتوفر عنده مال، أو عنده ولكنه لا يكفي لتلبية متطلباته المشروعة أو غير المشروعة، فقد يكون الشخص له مال ولكنه لجشعه يستدين ليأكل أموال الناس بالباطل، وهذا الصنف الأخير لا يمثل الشريحة العريضة للمجتمع.

إذن فالسبب الغالب هو الحاجة إلى المال، وهو يعود سببها بإيجاز إلى الأمور التالية:

---

(١) يراجع: بدائع الصنائع (٥/ ٢١٩٦ ـ ٢٢٤٨)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢/ ٥٠٨)، والروضة (٩/ ٤٠)، والكافي (٣/ ٣٥٤).

١ ـ الكسل حتى تأكل نفقاته أمواله فيحتاج إلى الاستدانة.

٢ ـ عدم الاكتساب، أو يكتسب لكنه بشكل لا يفي بحاجاته أو متطلباته؛ وذلك بأن يعمل في نطاق عمل لا يستطيع الإجادة فيه فيخسر أو لا يربح، وبعبارة أخرى لا يشتغل بعمل يناسب طاقاته الخاصة ومهاراته البدنية أو الفكرية أو لا يقوم بالتثمير والاستثمار في أمواله، أو يقوم به ولكن مع عدم وضع خطة دقيقة، وإسناد الأمر إلى غير أهله لا ينجح المشروع.

٣ ـ الإسراف حتى وإن كان في المباحات، والقاعدة الفقهية الحاكمة في هذه المسألة هي البدء بالضروريات، ثمَّ الحاجيات، ثمَّ المحسنات مع عدم الإسراف فيها.

٤ ـ عدم العدالة في توزيع الثروات، أي: وجود ظلم اجتماعي، وطفح نظام الطبقات كما هو الحال في النظام الرأسمالي، أو كبت الحرية الشخصية، وإزالة الملكية الفردية، وعدم وجود المنافسة المشروعة فيما بين الأفراد كما هو الحال في النظام الاشتراكي، أو سوء التخطيط والإدارة والتنظيم والاستبداد والمظالم كما هو الحال في دول العالم الثَّالث.

٥ ـ تكاليف المعيشة الباهظة لأي سبب كان، وهذا السبب ناتج من السببين السابقين.

٦ ـ كارثة تلحق به فتحوجه إلى الاستدانة. وهذا استثناء، كما أن على الدولة أن تقوم بواجبها نحو هؤلاء.

ويمكن أن نوجز هذه الأسباب كلها في عدم التزام الفرد والمجتمع بمنهج الله سواء من حيث الاكتساب والإنفاق، أو من حيث طريقة التثمير والاستثمار أو من حيث توزيع الثروة والتوازن المطلوب، أو من حيث الغاية والهدف من المال.

وأمَّا أسباب تفاقم الدُّيون وتضخمها وتضاعفها:

فتعود إلى الربا ـ أي: الفوائد التي توضع على الدين نظير الأجل[1] ـ فالدُّيون الاستهلاكية تتضاعف عليها الفوائد الربوية دون حصول على ربح للمدين حتى تصل إلى حالة قد يعجز عن أدائها، قال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُواْ ٱلرِّبَوٰٓاْ أَضۡعَٰفٗا مُّضَٰعَفَةٗۖ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ لَعَلَّكُمۡ تُفۡلِحُونَ﴾[2].

وأمَّا الديون التجارية:

فيعود سبب تفاقمها إلى شيئين أولهما: الربا، والثَّاني: عدم قيامه باستثمارها على الوجه المطلوب، حتى يؤدي إلى أرباح تستغرق الفائدة الربوية ومتطلبات المعيشة، وفي نظر المسلم أن السبب الأوَّل هو الأساس وأنه وحده يكفي حيث لا توجد البركة في المال المرابى قال تعالى: ﴿يَمۡحَقُ ٱللَّهُ ٱلرِّبَوٰاْ وَيُرۡبِي ٱلصَّدَقَٰتِۗ وَٱللَّهُ لَا يُحِبُّ كُلَّ كَفَّارٍ أَثِيمٍ﴾[3].

والواقع أيضاً يؤيد ذلك، حيث ثبت للعالم اليوم أن النظام الربوي لا يخدم سوى حفنة من المرابين الذين يعيشون على سحق البشرية لصالحهم، فإلى هؤلاء يرجع جهد البشرية كلها، وكدها وعرق جبينها؛ فهم الرابحون الذين لهم الضمان الكامل لأموالهم مع فوائدها في حين يكون الشخص المدين معرضاً للربح والخسارة، فعلى ضوء نظرية الاحتمال تتجمع الأموال في النهاية في يد من يربح دائماً[4].

---

(١) يراجع: أحكام القرآن للجصاص (١/ ٤٦٤)، وأحكام القرآن لابن العربي (١/ ٣٤٢)، والأستاذ المودودي كتابه عن الربا.

(٢) سورة آل عمران: الآية ١٣٠.

(٣) سورة البقرة: الآية ٢٧٦.

(٤) في ظلال القرآن (١/ ٤٦٩)، والأستاذ سعيد: بحثه السابق (ص٣٩).

ومن هنا أجمعت الشرائع جميعاً[١]، وأصحاب العقول السليمة على حرمة الربا، وإن كان اليهود قد حرفوا التوراة في هذه المسألة أيضاً وحصروا حرمته بالنسبة لليهودي فقط، وهذا مبني على نظرتهم العنصرية بأنهم شعب الله المختار[٢].

الأمر الرَّابع: أحكام التصرُّف في الديون

يمكن أن ترد على الديون تصرفات كثيرة، نذكر هنا أهمها:

بيع الدين بالدين إذا لم يكونا نسيئين:

فالتحقيق[٣] أنَّ الممنوع منه هو بيع الدين النسيىء بالدَّين النسيىء؛ لأن الإجماع على منع (الكالىء بالكالىء)، وهو كما فسره علماء اللغة وغريب الأحاديث بيع النسيئة بالنسيئة، وهي التأخير[٤]، قال البيهقي: قال أبو عبيدة: «هو النسيئة بالنسيئة»[٥].

وأما الفقهاء فقد اختلفوا في تفسيره اختلافاً كبيراً، أثر في وجهات نظرهم في حكمه، لكن المجمع عليه هو ما ذكره شيخ الإسلام ابن تيمية،

حيث قال: «قال أحمد: لم يصح منه ـ أي: في النهي عن بيع الكالىء بالكالىء ـ حديث، ولكن هو إجماع، وهذا مثل أن يُسلَفَ إليه شيء مؤجل، فهذا الذي لا يجوز بالإجماع»[٦]، ثمَّ قال ابن تيمية: «وإذا كان العمدة في

---

(١) المصادر السابقة، وسيأتي لذلك المزيد من البحث في المبحث الخاص بالعلاج في هذا البحث.

(٢) يراجع: التوراة، الإصحاح ٢٣ من سفر التثنية، والمصادر السابقة.

(٣) قام الأخ الدكتور نزيه حماد بتحقيق هذه المسألة، وأجاد فيها فليراجع كتابه: دراسات في أصول المداينات، ط دار الفاروق (ص٢٤٢، وما بعدها).

(٤) يراجع: لسان العرب مادة كلأ، وغريب الحديث لأبي عبيد (٢١/ ٢٠).

(٥) السنن الكبرى (٥/ ٢٩٠).

(٦) قاعدة العقود ـ التي طبعت باسم نظرية العقد، ط دار المعرفة (ص٢٣٤ ـ ٢٣٥).

هذا الإجماع، والإجماع إنما هو في الدَّين الواجب بالدَّين الواجب كالسلف المؤجل من الطَّرفين»[1].

لذلك أخرج ابن تيمية بيع ما هو ثابت في الذمة؛ ليسقط بما هو في الذمة ـ عن صور الكالىء بالكالىء ـ فقال: «ليس في تحريمه نص ولا إجماع ولا قياس، فإن كلًّا منهما اشترى ما في ذمته، وهو مقبول بما في ذمة الآخر»[2].

ولكن في حصر صور بيع الكالىء بالكالىء على هذه الصورة نظر[3]. غير أن الحرمة المتفق عليها تنحصر عند التحقيق في بيع الدَّين النسيء بالدَّين النسيء.

ويمكن الإستفادة من بيع الدَّين بالدَّين في سوق المال ما داما غير نسيئين فيما يأتي:

أوَّلاً: بيع الديون لمن هو عليه، جاء في المهذب: «وأما الديون فينظر فيها، فإن كان الملك عليه مستقراً كغرامة المتلف، وبدل العوض جاز بيعه ممن عليه قبل القبض؛ لأن ملكه مستقر عليه فجاز بيعه كالمبيع بعد القبض»[4].

والمراد باستقرار الدَّين بأن سببه قد تحقق فعلاً، وأمن من الفسخ كتسليم المبيع، أو يحقق الوطء في المهر، أو نحو ذلك كغرامة المتلف، وبدل العوض، وقيمة المغصوب، وعوض الخلع، وثمن المبيع، والأجرة بعد استيفاء المنفعة، والمهر بعد الدخول[5].

---

(١) نفس المصدر السابق.

(٢) نفس المصدر السابق.

(٣) د. نزيه حماد: المرجع السابق (ص٢٤٥).

(٤) المهذب وشرحه المجموع (٩/ ٢٧٢).

(٥) المنثور في القواعد للزركشي، ط وزارة الأوقاف الكويتية (٢/ ١٥٩ ـ ١٦٠)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص٣٥١)، ود. نزيه حماد: أصول المداينات (ص٤٧).

ويسمى هذا النوع أيضاً بالاستبدال، والاعتياض، وهو جائز في جميع الديون المستقرة بالاتفاق، والثَّانية ما عدا دين السلم عند الجمهور ـ كما سبق ـ[1].

ولكن يشترط في بيع الدَّين بالدَّين ـ لمن هو عليه ـ ملاحظة قواعد الصرف، بحيث لو باع دينه الذي كان نقوداً بالنقود يشترط فيه التقابض في المجلس، ويدل على ذلك حديث ابن عمر ـ في هذا الباب ـ ولكن إذا لم يكن من باب الصرف فيجوز البيع بالتأجيل وغيره كبيع الدَّين بالعين، أو بالعكس[2].

وهذا الحل يفيد كثيراً في تصفية الديون بين الناس، وفي المصارفة في الذمة دون الحاجة إلى القبض الفعلي، وذلك بأن يكون لرجل دنانير في ذمة رجل آخر، وللآخر عليه ريالات فاصطرفا بما في ذمتهما جاز عند الأكثر، منهم: المالكية، والحنفية.

أما اقتضاء أحد النقدين من الآخر ويكون صرفاً بعين، وذمة فهو جائز في قول أكثر أهل العلم، لحديث ابن عمر[3].

وذكر ابن القيم أن مسألة التقاصّ فيها غرض صحيح ومنفعة مطلوبة؛ لأن ذمتهما تبرأ من أسرها، وهي مطلوبة للشرع والعاقدين[4].

---

(١) يراجع: حاشية ابن عابدين (٤/ ١٦٦)، والمدونة (٤/ ٨٠)، والمجموع للنووي (٩/ ٢٧٤)، والمغني لابن قدامة (٤/ ٥٣)، وقال النووي في المجموع (٩/ ٢٧٤): «فيجوز الاستبدال عنه بلا خلاف، كما لو كان له في يد غيره مال بغصب، أو عارية فإنه يجوز بيعه له».

(٢) فتح العزيز (٨/ ٤٣٦)، والمجموع (٩/ ٢٧٤).

(٣) يراجع: بدائع الصنائع (٧/ ٣١٥٥)، ومجموع الفتاوى (٢٩/ ٤٧٢)، والمغني لابن قدامة (٤/ ٥٣٠ ـ ٥٤٠)، ود. نزيه حماد (ص١٤٦).

(٤) إعلام الموقعين، ط شقرون (٢/ ٨ ـ ٩).

جعل الدَّين الحال رأس مال في السلم:

وهذه المسألة نقل فيها الإجماع على عدم جوازه بناءً على أنه داخل في بيع الكالىء بالكالىء[1].

غير أن شيخ الإسلام ابن تيمية، والعلامة ابن القيم بيَّنا أنه لا إجماعَ فيها، بل هي جائزة، قال ابن القيم: «وأما بيع الواجب بالساقط فكما لو أسلم إليه في كر حنطة بعشرة دراهم في ذمته فقد وجب له عليه دين، وسقط له عند دين غيره، وقد حكي الإجماع على امتناع هذا، ولا إجماع فيه، قاله شيخنا واختار جوازه، وهو الصواب، إذ لا محذور فيه، وليس بيع كالىء بكالىء فيتناوله النهي بلفظه، ولا في معناه فيتناوله بعموم المعنى، فإن المنهي عنه قد اشتغلت فيه الذمتان بغير فائدة، فإنه لم يتعجل أحدهما ما يأخذه فينتفع بتعجيله، وينتفع صاحب المؤخر بربحه، بل كلاهما اشتغلت ذمته بغير فائدة، وأما ما عداه من الصور الثلاث فلكل منها غرض صحيح ومنفعة مطلوبة»[2].

بيع الساقط بالواجب:

هذا مصطلح استعمله ابن القيم في تقسيم بيع الدَّين بالدَّين وأجازه، فقال: والساقط بالواجب كما لو باعه ديناً له في ذمته بدين آخر من غير جنسه فسقط الدَّين المبيع ووجب عوضه، وهي بيع الدَّين ممن هو في ذمته.

ثمَّ بيَّن فائدة هذا النوع للطرفين[3].

---

(١) جاء في المغني (٤/٣٢٩ ـ ٣٣٠): «وإذا كان له في ذمة رجل ديناراً فجعله سلماً في طعام إلى أجل لم يصح، قال ابن المنذر: أجمع على هذا كل من أحفظ عنه من أهل العلم. . . لأنه بيع دين بدين».

(٢) إعلام الموقعين (٢/٨).

(٣) المرجع السابق (٢/٨ ـ ٩).

لكن الفقهاء الذين أجازوا هذا النوع ـ وهم الحنفية، والحنابلة، ووجه للشافعية ـ اشترطوا لصحة بيع الدَّين ممن هو عليه بشيء موصوف في الذمة أن يقبض الدائن العوض قبل التفرق من المجلس حتى لا يقع في المنهي عنه من بيع الكالىء بالكالىء[1].

هذا كله في الدُّيون المستقرة، أما الدُّيون التي لم يستقر ملك الدائن عليها لعدم قبض المدين العوض المقابل لها كالأجرة قبل استيفاء المنفعة، أو مضي زمانها، وكالمهر قبل الدخول، فهذه الدُّيون اختلف الفقهاء[2] في جواز تمليكها ممن هي عليه بعوض، والذي يظهر رجحانه هو جواز ذلك كما سبق في السلم.

تمليك الدَّين لغير المدين:

لخَّص الإمام الرافعي والنووي هذا الموضوع تلخيصاً طيباً نذكره ثمَّ نذكر آراء الفقهاء فيه وهو:

الدَّين في الذمة ثلاثة أضرب: مثمن، وثمن، ولا مثمن ولا ثمن[3].

---

(١) بدائع الصنائع (٧/ ٣٢٣٠)، وكشاف القناع (٣/ ٢٩٤)، والمجموع (٩/ ٢٧٤)، ود. نزيه حماد: المرجع السابق (ص١٤٨).

(٢) نفس المصدر السابق.

(٣) ذكر الرافعي في الفتح (٨/ ٤٣١)، والنووي في المجموع (٩/ ٢٧٣) أن حقيقة الثمن مختلف فيها على ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه ما ألصق به الباء كقولك: بعت كذا بكذا، فالأوَّل مثمن، والثَّاني ثمن. وهذا قول القفال.

والثَّاني: أنَّ الثمن هو النقد فقط.

والثَّالث: أنَّ الثمن هو النقد، والمثمن ما يقابله، فإن لم يكن في العقد نقد، أو كان العوضان نقدين فالثمن ما دخلت عليه الباء، والمثمن ما يقابله. ورجَّح الرَّافعي والنووي الوجه الثَّالث.

الضَّرب الأوَّل: المثمن ـ وهو المسلم فيه فلا يجوز بيعه، ولا الاستبدال عنه. وهل تجوز الحوالة به أو عليه؟ فيه ثلاثة أوجه.

الضَّرب الثَّاني: الثمن: فإذا باع بدراهم أو دنانير في الذمة ففي الاستبدال عنها طريقان: أحدهما القطع بالجواز. قاله القاضي أبو حامد وابن قطان. وأشهرهما على قولين: أصحهما وهو الجديد جوازه، والقديم منعه.

ولو باع في الذمة بغير الدراهم والدنانير فإن قلنا: الثمن ما ألصقت به الباء صح الاستبدال عنه كالنقدين، وادعى البغوي أنه المذهب وإلا فلا؛ لأن ما ثبت في الذمة مثمناً لم يجز الاستبدال عنه.

وأما الأجرة فكالثمن، وأما الصداق وبدل الخلع فكذلك إن قلنا: إنهما مضمونان ضمان العقد، وإلا فهما كبدل الإتلاف.

الضَّرب الثَّالث: ما ليس ثمناً ولا مثمناً كدين القرض، والإتلاف فيجوز الإستبدال عنه بلا خلاف كما لو كان له في يد غيره مال بغصب، أو عارية فإنه يجوز بيعه له[1].

وقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة على أربعة آراء:

الرَّأي الأوَّل: جواز تمليك الدَّين بعوض وبغير عوض لغير المدين. وهذا وجه للشافعية، ورواية للحنابلة[2].

الرَّأي الثَّاني: عدم جواز تمليك الدَّين لغير من هو عليه بعوض أو بغير عوض. وهذا رأي الحنفية، والشافعية في قول، والحنابلة في

---

(١) نقلنا النص عنهما مع اختصار، فتح العزيز (٨/ ٤٣١ ـ ٤٣٩)، والمجموع (٩/ ٢٧٣ ـ ٢٧٥).

(٢) المنثور في القواعد للزركشي (٢/ ١٦٠)، والمبدع (٤/ ١٩٩)، ومجموع الفتاوى (٢٩/ ٥٠٦).

رواية، والظاهريَّة[١]، غير أن الحنفية استثنوا بعض الحالات، منها: الوصية[٢].

الرَّأي الثَّالث: جواز بيع سائر الدُّيون ما عدا دين السلم لغير من عليه الدَّين أيضاً. وهذا قول للشافعية صححه جماعة من أئمتهم منهم الشيرازي، والنووي واختاره السبكي، والقاضي زكريا الأنصاري[٣].

قال النووي: «أما بيعه لغيره كمن له على إنسان مائة فاشترى من آخر عبداً بتلك المائة فلا يصح على الأظهر... وعلى الثَّاني: يصح... قلت: الأظهر الصحة، والله أعلم»[٤].

الرَّأي الرَّابع: جواز بيع الدَّين لغير المدين إذا لم يكن فيه غرر، أو محظور شرعي آخر، جاء في شرح الخرشي: «والمعنى أن الدين ولو حالًّا لا يجوز بيعه بدين، قال المؤلف: ولا بد من تقدم عمارة الذمتين، أو إحداهما، ويتصور في ثلاثة كمن له دين على شخص فيبيعه من ثالث بدين، وفي أربعة كمن له دين على إنسان، ولثالث دين على رابع فيبيع كل ما يملك من الدَّين بمال صاحبه من الدين... ولا يتصور بيع الدَّين بالدَّين في أقل من ثلاثة».

ثمَّ قال: «وفهم من قوله: (بدين) عدم منع بيع الدَّين بمعين يتأخر قبضه، أو بمنافع معين... ولا يجوز للشخص بيع ما له على الغير من دَين

---

(١) حاشية ابن عابدين (٤/ ١٦٦)، وبدائع الصنائع (٧/ ٣١٠٤)، والروضة (٣/ ٥١٤)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص٣٣١)، والمحلّى لابن حزم (٩/ ٦، ١١٧).

(٢) حاشية ابن عابدين (٤/ ١١٦)، ويراجع للمزيد د. نزيه حماد: المرجع السابق (ص١٥٨).

(٣) المهذب مع المجموع (٩/ ٢٧٥)، والروضة (٣/ ٥١٤)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص٣٣١).

(٤) الروضة (٣/ ٥١٤).

سواء كان حيًّا أو ميتاً ولو علم المشتري تركته؛ لأن المشتري لا يدري ما يحصل له بتقدير دين آخر إلَّا أن يكون من هو عليه حاضراً بالبلد مقرًّا، والدَّين مما يباع قبل قبضه لا طعاماً من بيع، وبيع من غير جنسه، وليس ذهباً بفضة، ولا عكسه، وأن لا يكون بين المشتري والمدين عداوة، وأن لا يقصد المشتري إعنات المدين، وأما إن لم يقر فلا يجوز لأنه من شراء ما فيه خصومة»[1].

والذي يظهر لنا رجحانه هو أن بيع الدَّين بالعين لمن هو عليه ولغيره جائز مع ملاحظة قواعد الصرف، وبيع الطعام، وكون الدَّين ثابتاً مقدوراً عليه يمكن تسليمه بالفعل، أو عن طريق المصارفة في الذمة، وأن لا يكون فيه محظور شرعي آخر من جهالة فاحشة، وغرر ونحو ذلك. وذلك لأن الدين مال ثابت في الذمة فيجوز أن يكون أحد العوضين في العقد، والممنوع هو بيع الدين المؤجل بالدين المؤجل فقط؛ لأنه هو الذي ورد فيه النهي، وعليه انعقد الإجماع. والله أعلم.

الصلح عن دين بدين:

هذا له عدَّة صور، **منها**:

أن يتصالح الدائن مع مدينه بأن يكون للمدين أيضاً دين آخر عليه من نفس جنسه، فيتصالحان بما في ذمتيهما سواء كان ما في ذمتيهما متساويين أم لا، وهذا بمثابة إسقاط من الطَّرفين، وإبراء، وتخارج.

ومنها: أن يتصالح الدائن مع مدينه في الذمة، وذلك بأن يصالحه على موصوف في الذمة من غير جنسه، «كأن يصالحه عن دينار في ذمته بأردب من قمح، أو نحوه في الذمة»[2]، فهذا الصلح صحيح عند جمهور الفقهاء

---

(١) شرح الخرشي على المختصر مع حاشية العدوي (٥/ ٧٧ ـ ٧٨).
(٢) مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد، المادة (١٦٢٨).

ـ الحنفية والمالكية، والحنابلة ـ إذا تم قبض البدل في المجلس قبل التفرق[1].

وذهب الشافعية إلى أنه يشترط تعيين بدل الصلح في المجلس، ولا يشترط القبض في المجلس على أصح الوجهين[2].

أما إذا كان بدل الصلح ليس في الذمة فيجوز مع تفصيل، ذكره النووي حيث قال:

«وأما إذا كان صالح الدائن على دينه عن بعض الأموال التي يقع فيها الربا على ما يوافقه في العلة فلا بد من قبض العوض في المجلس، فإن لم يكن العوضان ربويين، فإن كان العوض عيناً صح الصلح ولا يشترط قبضه في المجلس»[3].

المقاصة:

حيث فصل الفقهاء فيها ولا سيما المالكية، وقالوا: إنها «إسقاط ما لَكَ من دين على غريمك في نظير ما له عليك بشروطه»[4]؛ أي: بشروط الإسقاط.

والمقاصة قد تكون جائزة، وقد تكون واجبة، والغالب عليها الجواز، ووجوبها في ثلاث أحوال وهي: «إذا حل الدَّينان، أو اتفقا أجلاً، أو طلبها من حل دينه فإن المذهب وجوب الحكم بها»[5].

---

(١) تبيين الحقائق (٥/ ٤٢)، والتاج والإكليل للمواق (٥/ ٨١)، والمغني (٤/ ٥٣٤)، ويراجع لمزيد من التفصيل د. نزيه حماد: المرجع السابق (ص٢٦٠).

(٢) روضة الطالبين (٤/ ١٩٥) حيث قال: «وإن كان ديناً صح على الأصح، ولكن يشترك التعيين في المجلس، ولا يشترط القبض بعد التعيين على الأصح».

(٣) الروضة (٤/ ١٩٥).

(٤) الشرح الكبير (٣/ ٢٢٧).

(٥) المرجع السابق نفسه.

وقد فصل علماء المالكية تفصيلاً للحالات التي يمكن أن تقع فيها المقاصة فبلغت ثماني وأربعين حالة، لخصها الدردير فقال: «واعلم أن الدَّينين إما من بيع، أو من قرض، أو مختلفين، وفي كلٍّ إما أن يكونا عيناً، أو طعاماً، أو عرضاً»، قال الدسوقي: «فهذه تسعة أحوال، وفي كل إما أن يكون الدَّينان حالين، أو أحدهما حالًّا، والآخر مؤجلاً، أو يكونا مؤجلين متفقين في الأجل، أو مختلفين فيه، فالجملة ست وثلاثون حالة»، وعلق الشيخ محمد عليش على ذلك فقال: «بل ثمانية وأربعون حالة، أسقط المحشي منها اثنتي عشرة صورة اختلافهما قدراً وصفة، وحكمها حكم صور اختلاف القدر فقط»[1].

التصرُّف في دين السَّلَم:

السلم كما هو معروف بيع شيء موصوف في الذمة إلى أجل معلوم بثمن معجل، أو أنه عقد على موصوف في الذمة، ويجوز أن يكون الثمن نقوداً أو غيرها، والمسلم فيه أي شيء يمكن ضبطه عن طريق الوصف، ويشترط فيه تعجيل الثمن في مجلس العقد عند الجمهور، وعدم تأخيره أكثر من ثلاثة أيام عند المالكية[2]، وأن يكون الأجل معلوماً إما تحديداً، أو حسب العرف كالحصاد والجذاذ، والمقدار محدداً وزناً أو كيلاً، أو عدداً، أو ذرعاً، وأن يكون المسلم فيه مما ينضبط بالصفات التي يختلف الثمن

---

(١) انظر: الشرح الكبير للدردير، مع حاشية الدسوقي، وتقريرات الشيخ محمد عليش على الشرح، والحاشية (٣/ ٢٢٧) فتجد فيها هذه الصور (من ص٢٢٧ إلى ٢٣١).

(٢) يراجع لتفصيله: فتح القدير، ط مصطفى بالقاهرة (٧/ ٦٩)، وحاشية ابن عابدين، ط دار إحياء التراث العربي، بيروت (٤/ ٢٠٣)، والمدونة، ط السعادة، مصر ١٣٢٣هـ (٤/ ٢٠٠)، والمقدمات والممهدات، ط دار الغرب الإسلامي (٢/ ١٩)، والأم، ط دار المعرفة ـ بيروت (٣/ ٨٩)، والغاية القصوى، ط دار الاعتصام (١/ ٤٩٣)، والروضة، ط المكتب الإسلامي (٤/ ٣)، والمحلَّى لابن حزم (١٠/ ٤٥)، والمغني (٤/ ٣ ـ ٤).

باختلافها، وأن يكون مقدور التسليم عليه عند الحلول.

والسلم يمكن أن يكون في جميع السلع والمعادن، والحيوان والبضائع، وحتى في المنافع عند جماعة من الفقهاء، كما أنه يمكن تجزأة تسليم المسلم فيه على أوقات متفرقة معلومة، وأيضاً يمكن أن يكون سلماً حالًّا، أو مؤجلاً، وكذلك يمكن أن يكون رأس مال السلم نقداً، أو سلعة أو طعاماً، أو حيواناً، أو نحو ذلك[١].

والمقصود أن دائرة عقد السلم واسعة تسع كثيراً من الأمور، ولذلك يمكن الإفادة منه في سوق المال الإسلامية إفادة كبيرة، باعتباره عقداً فيه مرونة كبيرة، ويحقق كثيراً من مصالح المجتمع، ومنافع للعاقدين، ولا سيما لمن لم يكن لديه السيولة، أو لديه الأعيان في المستقبل، أو هو قادر على توفيرها في الوقت المحدد.

كما أن تداول عقود السلم يؤدي إلى نوع من الضمان، والتشجيع على الإنتاج المستقبلي في الزراعة والصناعة ونحوهما. ففيه فائدة للمسلم (البائع) حيث يستفيد من السيولة المتحققة لديه للإنتاج الزراعي، أو الصناعي، أو التجارة، كما أن المسلم إليه (المشتري) يستفيد من تصريف نقوده وتدويرها واستثمار فائض أمواله من خلال رخص الثمن، وتحقيق الأرباح.

وإدارة سوق المال يمكن الإفادة منها من خلال تداول عقود السلم، وصكوكه، والسمسرة فيها ونحو ذلك.

التصرُّفات في المسلم فيه:

تصرفات المسلم إليه في المسلم فيه إما أن تكون بعد القبض، أو قبله، ولذلك تنقسم إلى نوعين:

---

(١) المصادر السابقة، ويراجع: الغاية القصوى (١/ ٤٩٤)، والمغني (٤/ ٣٠٤).

* **النوع الأوَّل: التصرُّف في المسلم فيه بعد القبض:**

فللمسلم إليه (المشتري) بعد قبض المسلم فيه (حسب العرف)[1] جميع التصرُّفات المشروعة من بيع عاجل، وآجل، ومرابحة، ومشاركة، وتولية، وتأجير، ورهن ونحو ذلك بدون خلاف؛ لأنه دخل في ملكه التام.

* **النوع الثَّاني: التصرُّف في المسلم فيه قبل القبض:**

هذه المسألة تحتاج إلى تفصيل لأنها تحتمل عدَّة احتمالات:

الاحتمال الأوَّل: التصرُّف فيه عن طريق الاعتياض عنه ممن عليه السلم.

الاحتمال الثَّاني: بيع المسلم فيه لشخص آخر.

الاحتمال الثَّالث: التصرُّف في المسلم فيه بالمشاركة، والحوالة، والتولية، ونحو ذلك.

الاحتمال الرَّابع: أن ينفسخ عقد السلم بالإقالة أو نحوها، فهل يجوز أن يصرف الثمن في عوض آخر غير المسلم فيه؟

ومجمع الفقه الإسلامي تحدث في قراره في دورته السَّابعة عن حالة واحدة وهي: «عدم جواز بيع السلعة المشتراة قبل قبضها» لذلك أرى إعادة الموضوع بكامله وطرحه على بساط البحث والمناقشة للوصول إلى رؤية شاملة واضحة.

وهأنذا أعرض هذا الموضوع بجميع جوانبه واحتمالاته، وما ثار فيه من خلاف، وما نراه راجحاً على ضوء ما يأتي:

---

(١) يراجع قرار مجمع الفقه الإسلامي الموقر في تحديد القبض في دورته السَّادسة، وبحثنا عن القبض وصوره المعاصرة المقدم إلى تلك الدورة.

الاحتمال الأوَّل: «الاعتياض عن المسلم فيه من المسلم نفسه عند حلول الأجل»:

وقد فصل شيخ الإسلام ابن تيمية، وتلميذه ابن القيم رحمهما الله في هذه المسألة، ننقل منهما بعض النصوص[١]:

جاء في مجموع الفتاوى: «سئل رحمه الله عن رجل أسلف خمسين درهماً في رطل من حرير إلى أجل معلوم، ثمَّ جاء الأجل فتعذر الحرير، فهل يجوز أن يأخذ قيمة الحرير؟ أو يأخذ عوضه أي شيء كان؟

فأجاب: هذه المسألة فيها روايتان عن الإمام أحمد:

إحداهما: لا يجوز الاعتياض عن دَين السلم بغيره كقول الشافعي.

والقول الثَّاني: يجوز ذلك، كما يجوز في غير دَين السلم وفي المبيع من الأعيان وهو مذهب مالك، وقد نص على هذا في غير موضع، وجعل دين السلم كغيره من المبيعات، فإذا أخذ عوضاً غير مكيل ولا موزون بقدر دين السلم حين الاعتياض لا بزيادة على ذلك، أو أخذ نوعه بقدره مثل أن يسلم في حنطة فيأخذ شعيراً بقدر الحنطة، فإنه يجوز، وقد ذكر ذلك طائفة من الأصحاب، لكن في بعض الصور.. روايتان.

ثمَّ قال: «وأما المطلعون على نصوص أحمد فذكروا ما هو أعم من ذلك وأنه يجوز الاعتياض عن دين السلم بغير المكيل والموزون مطلقاً... وكذلك إن أخذ قيمته مما لا يكال، ولا يوزن كيف شاء...».

ثمَّ ذكر أن بعض الروايات قيدت بأن لا يأخذ مكان المسلم فيه إلَّا بقيمته أو أنقص منها، وهذا هو قول ابن عباس رضي الله عنهما[٢]، وجاء

---

(١) مجموع الفتاوى (٢٩/ ٥٠٣ ـ ٥١٩)، وشرح سنن أبي داود لابن القيم، بهامش عون المعبود (٩/ ٣٥٣).

(٢) مجموع الفتاوى (١٩/ ٥٠٣ ـ ٥١٨).

في المجموع أن السلم إذا فسخ الانقطاع المسلم فيه كان لصاحب رأس المال بيعه قبل استرداده[1].

وقد استدل المانعون بعدة أدلة أهمها ما يأتي:

١ ـ ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «**من أسلف في شيء فلا يصرفه إلى غيره**»[2].

٢ ـ أن هذا يدخل في بيع الشيء قبل قبضه، وهذا لا يجوز؛ لأنه يدخل ضمن النهي عن ربح ما لم يضمن.

يقول ابن تيمية: «فإن علته في منع بيع دين السلم كونه مبيعاً فلا يباع قبل القبض»[3].

ثمَّ بيَّن بأن مبنى ذلك على ما رواه ابن عباس أن النبي ﷺ نهى عن بيع الطعام قبل قبضه» وقال: «ولا أحسب كل شيء إلَّا بمنزلة الطعام»[4].

٣ ـ الإجماع حيث ذكر صاحب المغني الإجماع على ذلك فقال: «أما بيع المسلم فيه قبل قبضه فلا نعلم في تحريمه خلافاً»[5].

وهذه الأدلة كلها مجال للنقاش والرد والبدل على ضوء ما يأتي:

١ ـ فبالنسبة للدليل الأوَّل (الحديث) فهو:

أوَّلاً: ضعيف لا ينهض حجة في مثل هذه القضايا، حيث في سنده عطية بن سعد وهو كما قال عبد الحق في أحكامه: «لا يحتج به، وقد ضعفه أحمد، وغيره، وقال ابن عدي: هو مع ضعفه يكتب حديثه، وقال مسلم بن

---

(١) المجموع للنووي (٩/ ٢٦٦).

(٢) الحديث رواه أبو داود: الحديث رقم ٣٤٥١، عون المعبود (٩/ ٣٥٣)، وابن ماجه (٢/ ٧٦٦)، الحديث رقم ٢٢٧٣، والبيهقي (٦/ ٢٥)، والدارقطني (٣٠٨).

(٣) مجموع الفتاوى (٢٩/ ٥٠٥).

(٤) الحديث رواه البخاري في صحيحه ـ مع الفتح ـ كتاب البيوع ـ باب بيع الطعام قبل أن يقبض (٤/ ٣٤٩)، ومسلم (٣/ ١١٥٩).

(٥) المغني لابن قدامة (٤/ ٣٣٤).

الحجاج: قال أحمد ـ وذكر عطية العوفي فقال ـ: هو ضعيف، ثمَّ قال: بلغني أن عطية كان يأتي الكلبي ويسأله عن التفسير وكان يكنيه بأبي سعيد فيقول: قال أبو سعيد. وكان هشيم يضعف حديث عطية، وقال أبو حاتم: ضعيف يكتب حديثه، وقال النسائي: هو ضعيف. وذكر ابن عدي: أن عطية مع أهل البدعة، وذكره ابن حبان في الضعفاء، وذكر أنه كان يسمع أحاديث من الكلبي ويرويها فإذا قيل: من حدثك بهذا؟ فيقول: حدثني أبو سعيد

فيتوهمون أنه يريد أبا سعيد الخدري، وإنما أراد الكلبي، قال ابن حبان: لا يحل كتب حديثه إلّا على التعجب»(١).

فرجل هذا حاله كيف يؤخذ منه أحاديث الأحكام؟ لذلك فالحديث ضعيف لا ينهض حجة لأن مداره على رجل «مجمع على ضعفه»(٢).

ثانياً: أن الحديث ـ على فرض ثبوته ـ ليس نصًّا على الدعوى، حيث يحتمل أكثر من معنى فقد قال الطيبي: «يجوز أن يرجع الضمير في (غيره) إلى (من) في قوله: «من أسلف» يعني لا يبيعه من غيره قبل القبض، أو إلى شيء أي لا يبدل المبيع قبل القبض بشيء آخر»(٣).

وقد أجاب شيخ الإسلام ابن تيمية عن هذا الحديث بجوابين أحدهما أنه ضعيف، ثمَّ قال: «والثَّاني: المراد به أن لا يجعل السلف سلماً في شيء

---

(١) انظر: تهذيب التهذيب، ط دار صادر بيروت (٧/ ٢٢٤ ـ ٢٢٦)، والمغني في الضعفاء، ط قطر (١/ ٦١٧).

(٢) قال الذهبي في المغني (١/ ٦١٧) عطية بن سعد العوفي الكوفي تابعي مشهور، مجمع على ضعفه، وقال الحافظ ابن حجر في التلخيص (٣/ ٢٢٥): وهو ـ أي: هذا الحديث ـ ضعيف، وأعله أبو حاتم، والبيهقي وعبد الحق، وابن القطان بالضعف والاضطراب.

(٣) عون المعبود (٩/ ٣٥٤).

آخر فيكون معناه النهي عن بيعه بشيء معين إلى أجل وهو من جنس بيع الدَّين بالدَّين، ولهذا قال: (لا يصرفه إلى غيره) أي: لا يصرف المسلم فيه إلى مسلم فيه آخر، ومن اعتاض عنه بغيره قابضاً للعوض لم يكن قد جعله سلماً في غيره»[1].

ثالثاً: أن الحديث رواه الدارقطني بلفظ آخر ليس فيه ما يدل عليه اللفظ السابق، وهو «من أسلف في شيء فلا يأخذ إلَّا ما أسلم فيه، أو رأس ماله»[2]، فهذا اللفظ ليس فيه النهي عن صرفه إلى غيره، لكن الحديث ضعيف جداً، ومضطرب ومعلول كما قال الحافظ ابن حجر وغيره[3]، فلا ينهض حجة.

٢ ـ وأما المبيع قبل القبض ـ كقاعدة عامة ـ ستأتي مناقشته فيما بعد عند كلامنا عن بيع المسلم فيه لغير المسلم.

٣ ـ وأما الإجماع الذي ادعاه صاحب المغني ابن قدامة، فقد رد عليه شيخ الإسلام ابن تيمية فقال: «وأما ما ذكره الشيخ أبو محمد في (مغنيه)... قال: (بيع المسلم فيه قبل قبضه لا نعلم في تحريمه خلافاً) فقال رحمه الله بحسب ما علمه: وإلا فمذهب مالك أنه يجوز بيعه من غير المستسلف، كما يجوز عنده بيع سائر الدُّيون من غير من هو عليه، وهذا أيضاً إحدى الروايتين عن أحمد نص عليه في مواضع بيع الدَّين من غير من هو عليه، كما نص على بيع دين السلم ممن هو عليه، وكلاهما منصوص عن أحمد في أجوبة كثيرة من أجوبته، وإن كان ذلك ليس في كتب كثير من متأخري

---

(١) مجموع الفتاوى، ط الرياض (٢٩/ ١٧)، ويراجع كذلك شرح ابن القيم على سنن أبي داود (٩/ ٣٥٥).
(٢) الدارقطني (٣٠٨).
(٣) تلخيص الحبير (٣/ ٢٥).

أصحابه، وهذا القول أصح، وهو قياس أصول أحمد»[1].

وإذا كان هذا القول الأصح للإمام أحمد، فلنذكر رأي المالكية في هذه المسألة: جاء في المدونة: «قلت: فإن كنت أسلفت في شعير، فلما حل الأجل أخذت سمراء، أو محمولة؟ قال: لا بأس بذلك وهو قول مالك، قلت: ولا ترى هذا بيع الطعام قبل أن يستوفي؟ قال: لا إذا حل الأجل فأخذت بعض هذا من بعض مثل الذي ذكرت بكيله، وأخذت مثل كيله، فإنما هذا بدل، وليس هذا بيع الطعام قبل أن يستوفي»[2].

ثمَّ ذكر أن هذا «إنما يجوز بعد محل الأجل، أن يبيعه من صاحبه الذي عليه السلف، ولا يجوز أن يبيعه من غير صاحبه الذي عليه السلم... حتى يقبضه من الذي عليه السلف؛ لأنه إن باعه من غير الذي عليه ذلك بمثل كيله وصفته صار حوالة، والحوالة عند مالك بيع من البيوع فلذلك لا يجوز أن يحتال بمثل ذلك الطعام الذي سلف فيه على غير الذي عليه السلف؛ لأنه يصير ديناً بدين وبيع الطعام قبل أن يستوفي»[3].

هذا في السلم في الطعام حيث يجوز الاعتياض عنه ممن عليه السلم، ويكون بعد حلول الأجل، أما قبل حلول الأجل فتجوز الإقالة، وحينئذ يكون له الحق أن يأخذ رأس ماله، أو الطعام الذي أسلم فيه[4].

---

(١) مجموع الفتاوى (٢٩/ ٥٠٦)، وقد سرد ابن القيم في شرح سنن أبي داود ـ بهامش عون المعبود (٩/ ٣٥٣) ـ مجموعة من أجوبة أحمد وأصحابه، منها: أن القاضي قال: نقلت من خط أبي حفص في مجموعه: «فإن كان ما أسلم فيه مما يكال أو يوزن فأخذ من غير نوعه مثل كيله مما هو دونه في الجودة جازَ، وكذلك إن أخذ بثمنه مما لا يكال، ولا يوزن كيف شاء»... ومنها ما قال حرب: سألت أحمد: فقلت: رجل أسلم إلى رجل دراهم في بر، فلما حل الأجل لم يكن عنده بُرّ ـ أي: عنده شعير ـ فقال: قوِّم الشعير بالدراهم فخذ من الشعير... مثل كيل البر، أو أنقص».

(٢) المدونة (٤/ ٣٤).

(٣) المدونة (٣٤ ـ ٣٥).

(٤) المدونة (٤/ ٥٩ ـ ٦٩٩).

فالاعتياض عن الطعام يجوز عند مالك ممن عليه السلم، ولكنه لا يجوز بيعه قبل القبض[١].

أما غير الطعام فيجوز بيعه لغير المسلم مطلقاً، أما للمسلم نفسه فلا يجوز قبل حلول الأجل بأكثر، جاء في المدونة في كتاب السلم: «قلت: أرأيت إن أسلمت في طعام معلوم... أيجوز لي أن أبيع ذلك الطعام... قبل أن أقبضه؟ قال: لا يجوز ذلك في قول مالك. قلت: وما سوى الطعام والشراب مما سلفت فيه كيلاً أو وزناً فلا بأس أن أبيعه قبل أن أقبضه من الذي باعني، أو من غيره؟ قال: قال مالك: «لا بأس أن تبيع ما سلفت فيه إذا كان من غير ما يؤكل ويشرب من غير الذي عليه ذلك السلف بأقل أو أكثر، أو بمثل ذلك إذا انتقدت، وأما الذي عليه ذلك السلف فلا تبعه منه قبل الأجل بأكثر، ولا تبعه منه إلَّا بمثل الثمن، أو بأقل، ويقبض ذلك»[٢].

وجاء في الشرح الكبير: «وجاز بلا جبر قبل زمانه ـ أي: أجل المسلم فيه ـ قبول صفته، ـ أي: موصوفها فقط ـ لا أوفى ولا أجود، ولا أقل ولا أكثر... قبل محله إلَّا الموضع الذي اشترط فيه القبض أو موضع العقد عند عدم الشرط فيجوز في العرض مطلقاً، حل الأجل أم لا، وفي الطعام إن حل».

وعلق الدسوقي على ذلك «بأن في العرض والطعام قولين أحدهما لابن القاسم، وأصبغ الجواز قبل محله بشرط الحلول فيهما. والثَّاني: لسحنون واختاره ابن زرقون: الجواز قبل محله وإن لم يحل فيهما»[٣].

وجاء فيه أيضاً: «وجاز قضاؤه ولو قبل الأجل بغير جنسه؛ أي: المسلم فيه بشروط أربعة» وهي: إن جاز بيعه قبل قبضه كسلم ثوب في حيوان فأخذ

---

(١) المدونة (٤/ ٥٩ ـ ٨٧).

(٢) المدونة (٤/ ٨٧).

(٣) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/ ٢١٩).

عنه دراهم، إذ يجوز بيع الحيوان قبل قبضه. وثانيها: قوله: وجاز بيعه؛ أي: المأخوذ عن المسلم فيه بالمسلم فيه مناجزة كدراهم في ثوب أخذ عنه طشت نحاس، إذ يجوز بيع الطشت بالثوب يداً بيد.. والثَّالث قوله: وأن يسلم فيه ـ أي: في المأخوذ ـ رأس المال، كالمثال المتقدم، إذ يجوز سلم الدراهم في طشت نحاس، والرَّابع أن يعجل المأخوذ ليسلم من فسخ الدَّين في دين»[1].

وجاء في بداية المجتهد: «اختلف العلماء في بيع المسلم فيه إذا حان الأجل من المسلم إليه فمن العلماء من لم يجز ذلك أصلاً، وهم القائلون بأن كل شيء لا يجوز بيعه قبل قبضه... وأما مالك فإنه منع شراء المسلم فيه قبل قبضه في موضعين:

أحدهما: إذا كان المسلم فيه طعاماً...

والثَّاني: إذا لم يكن المسلم فيه طعاماً فأخذ عوضه المسلم ما لا يجوز أن يسلم فيه رأس ماله...».

ثمَّ قال: «وأما بيع السلم من غير المسلم إليه فيجوز بكل شيء يجوز التبايع به ما لم يكن طعاماً؛ لأنه لا يدخله بيع الطعام قبل قبضه»[2].

الخلاصة:

أنَّ مالكاً أجاز الاعتياض عن المسلم فيه ممن هو عليه السلم إلَّا الطعام حيث لا يجوز فيه بيعه قبل قبضه، وهذا رواية عن أحمد. وفي رواية أخرى أجاز بيع المكيل والموزون بغير المكيل والموزون، وكذلك الاعتياض عن المكيل والموزون أو بالعكس، إذا كان يقدره[3].

---

(١) المرجع السابق نفسه.
(٢) بداية المجتهد، ط مصطفى الحلبي (٢/ ٢٠٦).
(٣) مجموع الفتاوى (٢٩/ ٥١١).

وأما الدليل على جواز الاعتياض عن المسلم فيه ممن عليه السلم فهو ما يأتي:

١ ـ الاستدلال بالحديث الثابت الذي يرويه ابن عمر رضي الله عنهما قال: «كنت أبيع الإبل بالنقيع ـ بالنون سوق المدينة، وبالباء مقبرتها ـ فأتيت رسول الله ﷺ وهو في بيت حفصة، فقلت: يا رسول الله، رويدك، أسألك: إني أبيع الإبل بالنقيع فأبيع بالدنانير وآخذ الدراهم، وأبيع بالدراهم وآخذ الدنانير آخذ هذه من هذه، فقال رسول الله ﷺ: «**لا بأس أن تأخذها بسعر يومها ما لم تتفرقا وبينكما شيء**»[(١)].

وقد اعتبر شيخ الإسلام هذا الحديث دليلاً على جواز الاعتياض عن المسلم فيه فقال: «والدليل على ذلك أن الثمن يجوز الاعتياض عنه قبل قبضه بالسُّنَّة الثابتة عن النبي ﷺ... فقد جوز النبي ﷺ أن يعتاضوا عن الدين الذي هو الثمن بغيره مع أن الثمن مضمون على المشتري لم ينتقل إلى ضمان البائع، فكذلك المبيع الذي هو دين السلم يجوز بيعه وإن كان مضموناً على البائع لم ينتقل إلى ضمان المشتري، والنبي ﷺ إنما يجوز الاعتياض عنه إذا كان بسعر يومه لئلا يربح فيما لم يضمن»[(٢)]، ثمَّ ختم كلامه بقوله: «والصواب الذي عليه جمهور العلماء... أنه يجوز بيع الدَّين ممن هو عليه؛

(١) الحديث رواه أحمد في مسنده (٢/ ٨٢، ١٥٤)، وأبو داود في سننه ـ مع عون المعبود ـ كتاب البيع (٩/ ٢٠٣)، وابن ماجه في سننه لكنه بدون «سعر يومها»، كتاب التجارات (٢/ ٧٠)، والدارمي (٢/ ١٧٤)، والنسائي، البيوع (٧/ ٢٨١)، قال النووي في المجموع (٩/ ٢٧٣): (حديث ابن عمر صحيح رواه أبو داود والترمذي، والنسائي، وآخرون بأسانيد صحيحة عن سماك بن حرب عن سعيد عن ابن عمر) ثمَّ ذكر بأن الحديث إذا روي مرفوعاً، وموقوفاً، ومرسلاً كان محكوماً بوصله ورفعه على المذهب الصحيح الذي قاله الفقهاء والأصوليون ومحققو المحدثين من المتقدمين والمتأخرين».

(٢) مجموع الفتاوى (٢٩/ ٥١٠).

لأن ما في الذمة مقبوض للمدين، لكن إن باعه بما لا يباع به نسيئة اشترط فيه الحلول والقبض لئلا يكون رباً، وكذلك إذا باعه بموصوف في الذمة، وإن باعه بغيرهما ففيه وجهان:

أحدهما: لا يشترط، كالاشتراط في غيرهما.

والثَّاني: يشترط؛ لأن تأخير القبض نسيئة كبيع الدَّين بالدَّين، ومالك لم يجوز بيع دين السلم إذا كان طعاماً؛ لأنه بيع، وأحمد جوز بيعه وإن كان طعاماً أو مكيلاً، أو موزوناً من بائعه إذا باعه بغير مكيل، أو موزون؛ لأنه النهي عن بيع الطعام قبل قبضه هو في الطعام المعين، وأما في الذمة فالاعتياض عنه من جنس الاستيفاء، وفائدته سقوط ما في ذمته عنه، ولا حدوث ملك له، فلا يقاس هذا بهذا، فإن البيع المعروف هو أن يملك المشتري ما اشتراه، وهنا لم يملك شيئاً، بل سقط الدَّين من ذمته، وهذا لو وفاه ما في ذمته لم يقل: إنه باعه دراهم بدراهم، بل يقال أوفاه حقه، بخلاف ما لو باعه دراهم معينة بدراهم معينة فإنه بيع، فلما كان في الأعيان إذا باعها بجنسها لم يكن بيعاً، فكذلك إذا وفاها من غير جنسها لم يكن بيعاً بل هو إيفاء فيه معنى المعاوضة»[١].

ومما يدل على تسامح أكثر في بيع أو اعتياض دين السلم من المسلم إليه أن ابن عباس الذي لم يجوز بيع المبيع قبل قبضه مطلقاً[٢] أجاز بيع دين السلم ممن هو عليه إذا لم يربح، حتى إنه لم يفرق بين الطعام وغيره، ولا بين المكيل والموزون وغيرهما، قال ابن تيمية: «لأن البيع هنا من البائع الذي هو عليه، وهو الذي يقبضه من نفسه لنفسه، بل ليس هنا قبض، لكن يسقط عنه ما في ذمته فلا فائدة في أخذه منه، ثمَّ إعادته إليه، وهذا من فقه ابن عباس»[٣].

---

(١) مجموع الفتاوى (٢٩/ ٥١٢).

(٢) صحيح البخاري ـ مع الفتح ـ (٤/ ٣٤٩).

(٣) مجموع الفتاوى (٢٩/ ٥١٤).

٢ ـ بل إن شيخ الإسلام ذكر في توضيح الرأي القائل بجواز الاعتياض عنه سواء تعذر المسلم فيه أم لا[١]: أن قول ابن عباس في جواز ذلك لا يعرف له في الصحابة مخالف، وذلك لأن السلم دين ثابت فجاز الاعتياض عنه كبدل القرض، وكالثمن في المبيع، ولأنه أحد العوضين في البيع فجاز الاعتياض عنه كالعوض الآخر ما دام بسعر يوم الاعتياض[٢].

قال ابن القيم: «قال ابن المنذر: ثبت عن ابن عباس أنه قال: (إذا أسلفت في شيء إلى أجل، فإن أخذت ما أسلفت فيه، وإلا فخذ عوضاً أنقص منه ولا تربح) مرتين. رواه شعبة، فهذا صحابي، وهو حجة ما لم يخالف».

ثمَّ قال: «والذين منعوا جواز بيعه لمن هو في ذمته قاسوه على السلم، وقالوا: لأنه دين فلا يجوز بيعه كدين السلم، وهذا ضعيف من وجهين:

أحدهما: أنه قد ثبت في حديث ابن عمر جوازه، (حيث يدل على جواز بيع الثمن ممن هو في ذمته قبل قبضه، فما الفرق بينه وبين الاعتياض عن دين السلم بغيره).

والثَّاني: أن دين السلم غير مجمع على منع بيعه ـ كما سبق ـ.

والذين فرقوا بين دين السلم وغيره لم يفرقوا بفرق مؤثر، والقياس التسوية بينهما[٣].

وأيضاً فإنَّ العلة في المنع إن كانت توالي الضمانين اطرد المنع في البائع وغيره، وإن كانت عدم تمام الاستيلاء وأن البائع لم تنقطع عُلَقُه عن

---

(١) جاء هذا في جواب سؤال هذا نصه: «وسئل عن الرجل يسلم في شيء فهل له أن يأخذ من المسلم إليه غيره، كمن أسلم في حنطة، فهل له أن يأخذ بدلها شعيراً سواء تعذر المسلم فيه أم لا؟»، مجموع الفتاوى (٢٩/ ٥١٨).

(٢) مجموع الفتاوى (٢٩/ ٥١٩).

(٣) شرح سنن أبي داود للحافظ ابن القيم، بهامش عون المعبود (٩/ ٣٥٦).

المبيع بحيث ينقطع طمعه في الفسخ، لا يتمكن من الامتناع من الإقباض إذا رأى المشتري قد ربح فيه لم يطرد النهي في بيعه من بائعه قبل قبضه لإنتفاء هذه العلة في حقه. وهذه العلة أظهر، وتوالي الضمانين ليس بعلة مؤثرة ولا تنافي بين كون العين الواحدة مضمونة له من وجه وعليه من وجه آخر، فهي مضمونة له وعليه باعتبارين. وأي محذور في هذا؟ كمنافع الإجارة. فإن المستأجر له أن يؤجر ما استأجره، فتكون المنفعة مضمونة له وعليه، وكالثمار بعد بدو صلاحها له أن يبيعها على الشجر، وإن أصابتها جائحة رجع على البائع فهي مضمونة له وعليه ونظائره كثيرة.

وأيضاً فبيعه من بائعه شبيه بالإقالة وهي جائزة قبل القبض على الصحة.

وأيضاً فدين السلم تجوز الإقالة فيه بلا نزاع، وبيع المبيع لبائعه قبل قبضه غير جائز في أحد القولين.

فعلم أن الأمر في دين السلم أسهل منه في بيع الأعيان. فإذا جاز في الأعيان أن تباع لبائعها قبل القبض فدين السلم أولى بالجواز، كما جازت الإقالة فيه قبل القبض اتفاقاً بخلاف الإقالة في الأعيان.

ومما يوضح ذلك: أن ابن عباس لا يجوِّز بيع المبيع قبل قبضه، واحتج عليه بنهي النبي ﷺ عن بيع الطعام قبل قبضه وقال: «**أحسب كل شيء بمنزلة الطعام**» ومع هذا فقد ثبت عنه أنه جوز بيع دين السلم ممن هو عليه إذا لم يربح فيه. ولم يفرق بين الطعام وغيره، ولا بين المكيل والموزون وغيرهما. لأن البيع هنا من البائع الذي هو في ذمته. فهو يقبضه من نفسه لنفسه، بل في الحقيقة ليس هنا قبض، بل يسقط عنه ما في ذمته فتبرأ ذمته وبراءة الذمم مطلوبة في نظر الشرع، لما في شغلها من المفسدة فكيف يصلح قياس هذا على بيع شيء غير مقبوض لأجنبي لم يتحصل بعد، ولم تنقطع علق بائعه عنه؟

وأيضاً: فإنه لو سلم المسلم فيه ثمَّ أعاده إليه جاز. فأي فائدة في أخذه منه. ثمَّ إعادته إليه، وهل ذلك إلَّا مجرد كلفة ومشقة لم تحصل بها فائدة.

ومن هنا يعرف فضل علم الصحابة وفقههم على كل من بعدهم.

قالوا: وأما استدلالكم بنهي النبي ﷺ عن ربح ما لم يضمن: فنحن نقول بموجبه، وأنه لا يربح فيه، كما قال ابن عباس: «خذ عرضاً بأنقص منه، ولا تربح مرتين».

فنحن إنما نجوز له أن يعاوض عنه بسعر يومه، كما قال النبي ﷺ لعبد الله بن عمر في بيع النقود في الذمة «**لا بأس إذا أخذتها بسعر يومها**» فالنبي ﷺ إنما جوز الاعتياض عن الثمن بسعر يومه لئلا يربح فيما لم يضمن.

وقد نص أحمد على هذا الأصل في بدل العوض وغيره من الدُّيون أنه إنما يعتاض عنه بسعر يومه لئلا يربح فيما لم يضمن.

وكذلك قال مالك: يجوز الاعتياض عنه بسعر يومه كما قال ابن عباس لكن مالكاً يستثني الطعام خاصة؛ لأن من أصله أن بيع الطعام قبل قبضه لا يجوز بخلاف غيره.

وأما أحمد: فإنه فرق بين أن يعتاض عنه بعرض أو حيوان أو نحوه، دون أن يعتاض بمكيل أو موزون، فإن كان بعرض ونحوه جوزه بسعر يومه، كما قال ابن عباس ومالك، وإن اعتاض عن المكيل بمكيل، أو عن الموزون بموزون، فإنه منعه لئلا يشبه بيع المكيل بالمكيل من غير تقابض، إذ كان لم توجد حقيقة التقابض من الطَّرفين. ولكن جوزه إذا أخذ بقدره مما هو دونه، كالشعير عن الحنطة، نظراً منه إلى أن هذا استيفاء لا معاوضة، كما يستوفي الجيد عن الرديء. ففي العرض جوز المعاوضة، إذ لا يشترط هناك تقابض. وفي المكيل والموزون: منع المعاوضة، لأجل التقابض، وجوز أخذ قدر حقه أو دونه؛ لأنه استيفاء. وهذا من دقيق فقهه رضي الله عنه.

قالوا: وأما قولكم: إن هذا الدَّين مضمون له، فلو جوزنا بيعه لزم توالي الضمانين فهو دليل باطل من وجهين.

أحدهما: أنه لا توالي ضمانين هنا أصلاً، فإن الدَّين كان مضموناً له في ذمة المسلم إليه، فإذا باعه إياه لم يصر مضموناً عليه بحال. لأنه مقبوض في ذمة المسلم إليه، فمن أي وجه يكون مضموناً على البائع؟ بل لو باعه لغيره لكان مضموناً له على المسلم إليه ومضموناً عليه للمشتري وحينئذ فيتوالي ضمانان.

الجواب الثَّاني: أنه لا محذور في توالي الضمانين. وليس بوصف مستلزم لمفسدة يحرم العقد لأجلها. وأين الشاهد من أصول الشرع لتأثير هذا الوصف؟ وأي حكم علق الشارع فساده على توالي الضمانين؟ وما كان من الأوصاف هكذا فهو طردي لا تأثير له.

وقد قدمنا ذكر الصور التي فيها توالي الضمانين. وقد ثبت عن النبي ﷺ أنه جوَّز المعاوضة عن ثمن المبيع في الذمة. ولا فرق بينه وبين دين السلم.

قالوا: وأيضاً فالمبيع إذا تلف قبل التمكن من قبضه كان على البائع أداء الثمن الذي قبضه من المشتري. فإذا كان هذا المشتري قد باعه فعليه أداء الثمن الذي قبضه من المشتري الثَّاني فالواجب بضمان هذا غير الواجب بضمان الآخر. فلا محذور في ذلك.

وشاهده: المنافع في الإجارة والثمرة قبل القطع. فإنه قد ثبت بالسنَّة الصحيحة التي لا معارض لها: وضع الثمن عن المشتري إذا أصابتها جائحة. ومع هذا يجوز التصرُّف فيها. ولو تلفت لصارت مضمونة عليه بالثمن الذي أخذه، كما هي مضمونة له بالثمن الذي دفعه.

قالوا: وأما قولكم: إن المنع منه إجماع، فكيف يصح دعوى الإجماع مع مخالفة حبر الأمة ابن عباس، وعالم المدينة مالك بن أنس؟

فثبت أنه لا نص في التحريم، ولا إجماع ولا قياس، وأن النص والقياس يقتضيان الإباحة كما تقدم والواجب عند التنازع: الرد إلى الله وإلى رسوله ﷺ». انتهى.

٣ ـ إن الأصل في العقود أنها تنعقد بمجرد الإيجاب والقبول ـ مع توافر الشروط المطلوبة ـ فإذا انعقد العقد تحققت التزامات الطَّرفين، ويجب الوفاء بها تنفيذاً لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ أُحِلَّتۡ لَكُم بَهِيمَةُ ٱلۡأَنۡعَٰمِ إِلَّا مَا يُتۡلَىٰ عَلَيۡكُمۡ غَيۡرَ مُحِلِّي ٱلصَّيۡدِ وَأَنتُمۡ حُرُمٌۗ إِنَّ ٱللَّهَ يَحۡكُمُ مَا يُرِيدُ﴾[١].

الاحتمال الثَّاني: بيع المسلم فيه لشخص آخر قبل القبض:

وقبل أن نذكر الخلاف في هذا الموضوع، نذكر أنه ثار خلاف كبير في بيع المبيع قبل القبض يمكن إرجاعه إلى ثلاثة اتجاهات وهي:

الاتجاه الأوَّل: يرى عدم جواز بيع المبيع قبل قبضه مطلقاً سواء كان المعقود عليه طعاماً أم غيره وسواء أكان مكيلاً أم موزوناً، عقاراً أو منقولاً.

وهذا مذهب الشافعي وأكثر أصحابه[٢]، وأحمد في رواية[٣]، ومحمد بن عبد الحق وزفر من الحنفية[٤]، والظاهرية[٥]، والزيدية[٦]، ورواية للإمامية[٧]، والإباضية في المشهور عنهم[٨]، وروي ذلك عن ابن عباس، وجابر بن عبد الله، وسعيد بن المسيب في رواية عنه، وسفيان الثوري[٩].

---

(١) سورة المائدة: الآية ١.
(٢) الأم (٣/ ٦٠)، والمجموع للنووي (٩/ ٢٦٤ ـ ٢٧٥).
(٣) المغني لابن قدامة (٤/ ١٢١ ـ ١٢٣).
(٤) بدائع الصنائع (٧/ ٣١٠٠)، وفتح القدير (٧/ ٢٢).
(٥) المحلَّى لابن حزم (٩/ ٥٩٢).
(٦) البحر الزخار (٤/ ٣١١).
(٧) المختصر النافع (ص١٤٨).
(٨) شرح النيل (٨/ ٥٩).
(٩) المصنف لعبد الرزاق (٨/ ٣٨ ـ ٤٤)، والمحلَّى (٩/ ٥٩٤)، والمغني (٤/ ١٢١).

الاتجاه الثَّاني: يرى جواز بيع المبيع، وكل تصرف فيه مطلقاً، وهذا رأي عطاء بن أبي رباح، وعثمان البتي[1]، ورأي للإمامية[2].

الاتجاه الثَّالث: يرى التوسط والتفصيل، وأصحاب هذا الاتجاه مختلفون على خمسة آراء، حيث ذهب أكثرهم إلى عدم جواز بيع الطعام قبل قبضه، وإلى جواز ما عداه، وهذا رأي مالك في المشهور عنه[3]، وأحمد في رواية عنه[4]، واختيار أبي ثور، وابن المنذر[5]، وإليه أشار البخاري في صحيحه[6].

وهذا الرأي هو الذي يدعمه الدليل[7]، وقد قال الحافظ ابن المنذر: «هو أصح المذاهب...»[8].

هذا هو الخلاف في بيع الشيء قبل قبضه بصورة عامة، **وهل هذا الخلاف يجري في بيع المسلم فيه قبل قبضه؟**

إنه من الثابت في كتب المالكية والحنابلة أن مذهب مالك على جوازه فيما عدا الطعام[9]، وكذلك نص عليه أحمد[10]، بل إنه قد ثبت أن ابن عباس يُجيز بيع المسلم فيه قبل قبضه مع أنه لا يجيز بيع الشيء قبل قبضه ـ كما سبق ـ.

---

(١) المحلَّى (٨/ ٥٩٧)، والمغني (٤/ ٢٢٠)، وشرح ابن القيم على السنن (٩/ ٣٨٢).

(٢) المختصر النافع (ص١٤٨).

(٣) المدونة (٤/ ٩٠).

(٤) المغني (٤/ ١٢٠)، ومجموع الفتاوى (٢٩/ ٣٩٨)، وشرح ابن القيم على سنن أبي داود (٩/ ٣٩٢).

(٥) المغني (٤/ ١٢١ ـ ١٢٣).

(٦) حيث ترجم البخاري في صحيحه: باب بيع الطعام قبل أن يقبض (٤/ ٣٤٩)، وباب إذا اشترى متاعاً، أو دابة، فوضعه عند البائع أو مات قبل أن يقبض (٤/ ٣٥١).

(٧) يراجع في تفصيل الأدلة والآراء: بحثنا عن القبض وصوره المعاصرة المقدم إلى مجمع الفقه الموقر في دورته السَّادسة بجدة عام ١٩٩٠م.

(٨) المجموع (٩/ ٢٧٠ ـ ٢٧١).

(٩) المدونة (٤/ ٨٨، ٩٠، ٩١، ٩٥)، وبداية المجتهد (٢/ ٢٠٦).

(١٠) مجموع الفتاوى (٢٩/ ٥٠٦).

يقول شيخ الإسلام ابن تيمية: «فمذهب مالك أنه يجوز بيعه من غير المستسلف، كما يجوز عنده بيع سائر الدُّيون من غير من هو عليه، وهذا أيضاً إحدى الروايتين عن أحمد، نص عليه في مواضع بيع الدَّين من غير من هو عليه، كما نص على بيع دين السلم ممن هو عليه، وكلاهما منصوص عن أحمد في أجوبة كثيرة من أجوبته... وهذا القول أصح، وهو قياس أصول أحمد»[1]، ثمَّ قال: «والمقصود أن أصل أحمد ومالك جواز التصرُّف، وأنه يوسع في البيع قبل انتقال الضمان إلى المشتري، بخلاف أبي حنيفة والشافعي، والرواية الأخرى عن أحمد»[2].

وأصل الخلاف يعود إلى مسألة الضمان هل هو من ضمان البائع، أم من ضمان المشتري، وهل ذلك الضمان يمنع المشتري من التصرُّف فيه؟

فمالك وأحمد في المشهور عنه ومن معهم قالوا: إن ما تمكن المشتري من قبضه فهو من ضمانه، وأن المشتري يستطيع أن يتصرف في المبيع قبل التمكن من قبضه؛ لأن ضمان البائع له لا يمنع تصرف المشتري الذي انتقلت إليه ملكية المبيع والمسلم فيه بمجرد العقد، قال ابن تيمية: «فظاهر مذهب أحمد أن جواز التصرُّف فيه ليس ملازماً للضمان ولا مبنيًّا عليه، بل قد يجوز التصرُّف فيه حيث يكون من ضمان البائع كما ذكر في الثمرة، وصنائع الإجارة، وبالعكس كما في الصبرة المعينة»[3].

بينما ربط أبو حنيفة والشافعي جواز التصرُّف بالضمان فإذا لم ينتقل الضمان إلى المشتري لا يجوز له التصرُّف فيه حتى لا يتوالى الضمانان.

لكن شيخ الإسلام رد على هذا الأصل بأنه مأخذ ضعيف، وأنه لا محذور في وجود ضمانين؛ لأن الواجب بضمان هذا غير الواجب

---

(١) المرجع السابق.

(٢) المرجع السابق (٢٩/٥ ـ ٦، ٥٠٩).

(٣) المرجع السابق نفسه.

بضمان ذاك[1]، فلو تلف المبيع قبل التمكن من القبض فإن المشتري الثَّاني يعود إلى المشتري الأوَّل وهو على البائع، وكل يرجع على الآخر بما دفعه.

ويدل على أن ضمان البائع لا يمنع من تصرف المشتري في المبيع حديث ابن عمر الثابت السابق في البيع بالذهب والأداء بالفضة، أو بالعكس، قال شيخ الإسلام ابن تيمية: «فقد جوَّز النبي ﷺ أن يعتاضوا عن الدَّين الذي هو الثمن بغيره، مع أن الثمن مضمون على المشتري لم ينتقل إلى ضمان البائع، فكذلك المبيع الذي هو دين السلم يجوز بيعه وإن كان مضموناً على البائع لم ينتقل إلى ضمان المشتري، والنبي ﷺ إنما جوَّز الإعتياض عنه بسعر يومه لئلا يربح فيما لم يضمن، وهكذا قد نص أحمد على ذلك في بدل القرض وغيره من الدُّيون، إنما يعتاض عنه بسعر يومه»[2].

ومن ناحية أخرى أن ما في ذمة المدين البائع مقبوض للدائن فحينما يبيعه للآخر فكأنه سلمه إليه، وحل محله، يقول ابن تيمية: «إن ما في الذمة مقبوض للمدين»[3]، كما أنَّ الموجود في الذمة فكأنه موجود في الواقع والخارج.

الاحتمال الثَّالث: التصرُّف في المسلم فيه بالتولية، والشركة، والحطيطة، والمصالحة، والحوالة، والوكالة ونحوها:

فعقد الوكالة والسمسرة في السلم جائز؛ لأن القاعدة فيها هي أن كل من صح تصرفه في شيء بنفسه وكان مما تدخله النيابة صح أن يوكل فيه رجلاً أو امرأة، مسلماً كان أو كافراً، وكل ما يصح أن يستوفيه بنفسه وتدخله النيابة صح أن يتوكل لغيره فيه»[4].

---

(١) المرجع السابق نفسه.

(٢) مجموع الفتاوى (٢٩/ ٥١٠).

(٣) المرجع السابق (٢٩/ ٥١٢).

(٤) يراجع: المغني لابن قدامة (٥/ ٨٨)، وحاشية ابن عابدين (٤/ ٣٩٩)، وروضة الطالبين (٤/ ٢٩١)، وبداية المجتهد (٢/ ٣٠١)، والمدونة (٤/ ٤٩).

وأما التولية، والشركة في المسلم فيه قبل قبضه فمحل خلاف بين الفقهاء:

فذهب مالك إلى جوازهما سواء كان المسلم فيه طعاماً، أم غيره، جاء في المدونة: «قلت: أرأيت إن اشتريت سلعة من السلع فأشركت فيها رجلاً قبل أن أنقده، أو بعد ما نقدته أيصلح ذلك في قول مالك أم لا؟

قال: لا بأس بذلك عند مالك.

قال: ولقد سألت مالكاً عن رجل اشترى من رجل طعاماً بثمن إلى أجل فأتاه رجل، فقال: أشركني في هذا الطعام، وذلك قبل أن يكتال طعامه الذي اشترى.

قال مالك: لا بأس بذلك إن أشركه على أن لا ينتقد إلَّا إلى الأجل الذي اشترى إليه الطعام، فإن انتقد فلا خير في ذلك.

وكذلك الأمر في التولية، جاء في المدونة: «قلت: أرأيت إن اشتريت سلعة من رجل بنقد، فلم أقبضها حتى أشركت فيها رجلاً، أو وليتها رجلاً أيجوز ذلك؟

قال: لا بأس بذلك عند مالك.

قلت: وإن كان طعاماً اشتريته كيلاً، ونقدت الثمن فوليته رجلاً أو أشركته فيه قبل أن أكتاله من الذي اشتريته؟

قال مالك: لا بأس بذلك، وذلك الحلال إذا انتقد مثل ما نقد.

قلت: لم جوزه مالك وقد جاء في الحديث الذي يذكره مالك أن النبي ﷺ نهى عن بيع الطعام قبل أن يستوفي؟

قال: قد جاء هذا، وقد جاء عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيع الطعام قبل أن يستوفي إلَّا ما كان من شرك، أو إقالة أو تولية.

قال سحنون: وأخبرني ابن القاسم عن سليمان بن بلال عن ربيعة بن

أبي عبد الرحمن عن سعيد بن المسيب أن رسول الله ﷺ قال: «**من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه إلَّا ما كان من شرك، أو إقالة، أو تولية**».

قال مالك: «اجتمع أهل العلم على أنه لا بأس بالشرك والإقالة والتولية في الطعام قبل أن يستوفي إذا انتقد الثمن ممن يشركه، أو يقيله، أو يوليه»[(١)].

وهذا الحديث الذي رواه الإمام سحنون بسنده، رواه أيضاً عبد الرزاق في مصنفه عن معمر، عن ربيعة عن ابن المسيب أن النبي ﷺ قال: «**التولية، والإقالة، والشركة سواء لا بأس به**». وأما ابن جريج فقال: أخبرني ربيعة بن أبي عبد الرحمٰن عن النبي ﷺ حديثاً مستفاضاً بالمدينة، قال: «**من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يقبضه ويستوفيه إلَّا أن يشرك فيه، أو يوليه، أو يقيله**»[(٢)].

والحديث الذي رواه سحنون، وعبد الرزاق مرسل لكنه مرسل سعيد بن المسيب، وهو يحتج به عند جمهور العلماء»[(٣)].

وأما سند الحديث فالحافظ عبد الرزاق معروف بأنه ثقة حافظ[(٤)]، وهو قد روى عن معمر وغيره، ومعمر أيضاً ثقة ثبت بل عده علي ابن المديني، وأبو حاتم فيمن دار الإسناد عليهم، بل اعتبره النقاد من أثبت الناس[(٥)]، وأما ربيعة المعروف بربيعة الرأي فهو أيضاً ثقة ثبت من التابعين الفقهاء المفتين، حتى قال مالك: «ذهبت حلاوة الفقه منذ مات ربيعة»[(٦)].

---

(١) المدونة (٤/ ٨٠ ـ ٨١).

(٢) المصنف للحافظ أبي بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني، تحقيق خليل الرحمن الأعظمي، ط المجلس العلمي (٨/ ٤٩)، ونصب الراية (٤/ ٣١).

(٣) المجموع (١/ ٦٠ ـ ٦٣)، والإحكام للآمدي (٢/ ١٧٨). والمقدمة لابن الصلاح (ص١٣٠).

(٤) تقريب التهذيب، ط دار المعرفة (١/ ٥٠٥)، وتهذيب التهذيب (٦/ ٣١٠).

(٥) تهذيب التهذيب (١٠/ ٢٤٣ ـ ٢٤٧)، وتقريب التهذيب (٢/ ٢٦٦).

(٦) يراجع للمزيد من التفصيل: تهذيب التهذيب (٣/ ٢٥٨)، وتقريب التهذيب (١/ ٢٤٧).

إذاً فالحديث مرسل صحيح الإسناد، أو أنه لا تقل درجته عن الحسن الذي ينهض حجة، وكذلك فهو نص في الدعوى حيث يدل بنصه على جواز الشرك، والإقالة، والتولية في الطعام قبل القبض والاستيفاء، ويقاس عليه بطريق أولى غير الطعام.

وذهب جماعة آخرون منهم الحنفية(1)، والشافعية(2)، والحنابلة(3)، إلى عدم جواز الشركة، والتولية في المسلم فيه قبل قبضه. واستدلوا بأن هذه التصرُّفات معاوضة في المسلم فيه قبل القبض فلم يجز، كما لو كانت بلفظ البيع، ولأنهما نوعا بيع، فلم يجوزا في المسلم قبل قبضه كالنوع الآخر(4).

ويمكن أن يرد على هذا الاستدلال بأنه لا نسلم أن التولية والشركة بيع، وذلك لاختلاف الاسم والمضمون، ولو سلم فالبيع نفسه محل خلاف، فلا يكون الدليل ملزماً؛ لأنه أيضاً محل خلاف.

ويكاد الخلاف السابق ينسحب على الصلح في المسلم فيه قبل قبضه(5).

والذي يظهر رجحانه رأي مالك لقوة دليله، ومنطقه، وموافقة رأيه للأصل القاضي بأن الأصل في العقود والشروط الإباحة إلَّا ما دل على حرمته، فليس هناك نص من الكتاب ولا من السنَّة يمنع التصرُّف في المسلم فيه قبل القبض عن طريق الشرك، أو التولية، أو الحطيطة، أو الصلح لكنه بشرط واحد، وهو أن ينقد الثمن حتى لا يكون بيع دَين نسيء بدين نسيء.

---

(1) حاشية ابن عابدين على الدر المختار (٤/ ٢٠٩ ـ ٢١٠).

(2) يراجع: تحفة المحتاج مع حواشي الشيرواني، وابن قاسم العبادي، ط دار صادر بيروت (٣/ ٣٠ ـ ٣١)، والغاية القصوى (١/ ٤٩٧).

(3) المغني لابن قدامة (٤/ ٢٣٤ ـ ٢٣٥)، والمبدع شرح المقنع، ط المكتب الإسلامي (٤/ ١٩٧ ـ ١٩٨).

(4) المغني لابن قدامة (٤/ ٢٣٥).

(5) يراجع المدونة (٤/ ٥٩)، وروضة الطالبين (٤/ ٤)، والتحفة مع حواشيها لابن قاسم الشيرواني (٤/ ٣١)، والمغني لابن قدامة (٤/ ٥٤٢).

وأما الحوالة بالمسلم فيه (دين السلم)، أو عليه فمحل خلاف كبير.

فذهب جماعة من الفقهاء منهم الحنفية[1]، ووجه للشافعية[2]، والمالكية[3] في غير ما إذا كان البدلان: المحال به، وعليه طعاماً من بيع، إلى جواز الحوالة بدين السلم وعليه.

وذهب الحنابلة[4]، ووجه للشافعية ـ رجحه النووي[5] إلى أنه لا تجوز الحوالة بدين السلم، ولا عليه.

وهؤلاء المانعون استدلوا على ما يأتي:

أوَّلاً: إنهم اعتمدوا في منعهم هذا على أن دَين الحوالة يجب أن يكون مستقراً، وأن السلم بعرض الفسخ[6].

ويمكن الجواب عنه بأن هذا الشرط نفسه محل خلاف وليس عليه دليل من الكتاب والسنَّة، والإجماع، فالنص النبوي الشريف في الحوالة لم يشترط كون الدين مستقرًّا أم غير مستقر، بل قال: «فإذا اتبع ـ أو أحيل ـ على مليء فليتبع»[7].

---

(١) جاء في الدر المختار ـ مع حاشية ابن عابدين (٤/٢٠٨): «وصحت الكفالة والحوالة والارتهان برأس مال السلم».

(٢) يراجع: فتح العزيز بهامش المجموع (١٠/ ٣٤٠)، والروضة (٣/ ٥١٢).

(٣) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/ ٣٢٧).

(٤) المغني لابن قدامة (٤/ ٣٣٥، ٥٧٧)، والمبدع (٤/ ١٩٨).

(٥) انظر: الروضة (٣/ ٥١٢)، وتحفة المحتاج (٥/ ٢٢٨).

(٦) المغني لابن قدامة (٤/ ٣٣٥).

(٧) الحديث متفق عليه، ورواه الشافعي، وأحمد، وأصحاب السنن، انظر: صحيح البخاري ـ مع الفتح ـ (٤/ ٤٦٤)، ومسلم (٣/ ١١٩٧)، وسنن أبي داود ـ مع العون (٩/ ١٩٥)، والترمذي ـ مع التحفة (٤/ ٥٣٥)، وابن ماجه (٢/ ٨٠٣)، والسنن الكبرى للبيهقي (٦/ ٧٠)، والنسائي (٧/ ٢٧٨)، والأم (٣/ ٢٠٣)، ومسند أحمد (٢/ ٤٦٣).

فالنص لم يشترط سوى كون المحال عليه مليئاً قادراً على أداء الدَّين، ولذلك قال الشوكاني معلقاً على اشتراط استقرار الدَّين لدى البعض: «فلا أدري لهذا الاشتراط وجهاً؛ لأن من عليه الدَّين إذا أطال على رجل يمتثل حوالته، ويسلم ما أحال به كان ذلك هو المطلوب؛ لأن به يحصل المطلوب بدين الحال ولو لم يكن في ذمة المحال عليه شيء من الدَّين[١]».

ولذلك أجاز الحنابلة أنفسهم استعمال لفظ الحوالة في صورتين ليستا بحوالة، وإنما هي وكالة وقرض[٢].

ثانياً: واستدل المانعون كذلك بأن الحوالة إما بيع وهو لا يجوز قبل قبض المبيع، أو هو كالبيع؛ أي: يقاس عليه فيكون حكمه مثل حكمه.

والجواب عن ذلك من وجوه:

الوجه الأوَّل: «أن هذا الكلام مبني على أن الحوالة بيع، وهذا بناء ضعيف؛ لأن الحوالة عقد مستقل له شروطه ومواصفاته وأن اسمها، ومسمَّاها قد أثبتهما الشرع، فلا يقبل أن تدخل في عقد آخر، ومن هنا فاختلاف الاسم والمسمى لغة وشرعاً يدل على اختصاص هذا العقد بأحكامه

---

(١) السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار (٤/ ٢٤٢).

(٢) جاء في المغني (٤/ ٥٧٩): «وإن أحال من لا دين له عليه رجلاً على آخر له عليه دين فليس ذلك بحوالة، بل هي وكالة. وإنما جازت الوكالة بلفظ الحوالة، لاشتراكهما في المعنى... وإن أحال من عليه دين على من لا دين عليه فليست حوالة أيضاً... وإنما هو اقتراض، فإن قبض المحتال منه الدين رجع على المحيل؛ لأنه قرض... وإن أحال من لا دين عنه فهي وكالة في اقتراض، وليست حوالة؛ لأن الحوالة إنما تكون لدين على دين».
وعند المالكية لو أعلم المحيل المحال بأنه لا دين له على أعمال عليه، أو علم من غيره، وشرط المحيل البراء من الدين الذي عليه، ورضي المحال صح التحول، ولا رجوع له على المحيل؛ لأنه ترك حقه حيث رضي بالتحول»، انظر: الشرح الكبير مع الدسوقي (٣/ ٣٢٦).

الخاصة به دون غيره، ولذلك لا يشترط في عقد الحوالة التقابض حتى ولو كان الدينان من النقود، أو الطعام، ولا يدخل في بيع الدَّين بالدَّين الذي منعه الفقهاء، وجاز فيه كون أحد الدينين أكثر من الآخر وغير ذلك[1].

الوجه الثَّاني: أن قياس الحوالة على البيع قياس مع الفارق، لما ذكرنا في الوجه الأوَّل.

الوجه الثَّالث: أن المقيس عليه نفسه مختلف فيه فلا يصلح أن يكون أصلاً ملزماً للطرفين، فبيع المبيع قبل قبضه ـ بما فيه المسلم فيه ـ محل خلاف كما سبق.

ثالثاً: استدلوا بما روى: «من أسلف في شيء فلا يصرفه إلى غيره».

والجواب عنه ـ كما سبق ـ أنه ضعيف جدًّا لا ينهض حجة ولو فرضنا ثبوته فلا يدل على منع الحوالة؛ لأن معناه النهي عن عدم صرف المسلم فيه إلى شيء آخر، ولا يدل الحديث على منع الحوالة به أو عليه.

ويتبيَّن من خلال هذه المناقشة الموجزة ضعف الحجج التي بني عليها المانعون، حيث لم تصمد أمام المناقشة.

أما المجيزون للحوالة بدَين السلم، أو عليه فحجتهم قوية ـ كما سبق ـ.

وقد يرد تساؤل حول حق المحال في الحفاظ على حقه إذا قلنا إن المحيل تبرأ ذمته بمجرد الحوالة، وأن المحال عليه (المسلم) يمكن أن ينفسخ سلمه للأسباب المقبولة شرعاً في الفسخ أو الإقالة، وحينئذ ماذا يفعل المحال في الحفاظ على حقه؟

للجواب عن ذلك نقول: إن هذه المسألة تحتاج إلى تفصيل لأن لها شقين:

---

(١) المغني لابن قدامة (٤/ ٣٣٥).

الشقّ الأوَّل: هل تبرأ ذمة المحيل إذا تمت الحوالة بشروطها؟

للجواب عن ذلك نقول: إن فيها اختلافاً كبيراً بين الفقهاء:

١ ـ حيث ذهب الحسن في رواية، وشريح، وزفر إلى أن الحوالة لا يترتب عليها براءة ذمة المحيل مطلقاً، بل تبقى ذمته مع ذمة المحال عليه مشغولة كالكفالة[١].

٢ ـ وذهب أبو حنيفة إلى أن المحتال لا يرجع إلى المحيل إلَّا بالتوى[٢]، وهو بأحد أمرين: أن يجحد المحال عليه الحوالةَ، ويحلف ولا بينة للمحتال والمحيل، أو يموت مفلساً بغير دين، ولا عين، ولا كفيل.

٣ ـ وأضاف صاحباه إليهما: حالة ثالثة وهي أن يحكم بإفلاسه الحاكم في حياته[٣].

٤ ـ وذهب الثوري إلى أنه يرجع على المحيل في حالة الموت فقط[٤].

٥ ـ وذهب الحسن في رواية، وقتادة إلى أنه إذا كان يوم أحال عليه مليئاً لم يكن له حق الرجوع على المحيل[٥].

٦ ـ وذهب مالك إلى أن المحال لا يرجع على المحيل وإن أفلس المحال عليه، أو جحد بعد الحوالة غير أن مالكاً استثنى حالتين هما:

الحالة الأولى: أن يعلم المحيل بإفلاسه فقط دون المحال، فحينئذ له الرجوع عليه؛ لأنه غرَّه، قال الدردير: «والظاهر أن الظن القوي كالعلم، ومثل علمه بإفلاسه علمه بلدده، أو عدمه ـ أي: فقره ـ»[٦].

---

(١) فتح الباري (٤/ ٤٦٤)، والمغني لابن قدامة (٤/ ٥٨٠).

(٢) التوى على وزن الحصى بمعنى الهلاك، المصباح مادة (توى).

(٣) حاشية ابن عابدين (٤/ ٢٩٣).

(٤) فتح الباري (٤/ ٤٦٤).

(٥) صحيح البخاري ـ مع الفتح ـ (٤/ ٤٦٤).

(٦) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/ ٣٢٨).

وهناك رواية عن أحمد بمثل هذا القول[1].

الحالة الثَّانية: أن يشترط المحال على المحيل أنه إذا أفلس المحال عليه يرجع على المحيل فله شرطه، قال الدسوقي: «ونقله الباجي كأنه المذهب، وقال ابن رشد: هذا صحيح ولا أعلم فيه خلافاً»[2].

وذهب وجه للشافعية إلى مثل هذا[3].

٧ ـ وذهب الشافعية، والحنابلة في المشهور عنهم إلى أن الحوالة تبرىء ذمة المحيل إذا جرت بشروطها ـ من رضا الأطراف ـ ولا سيما المحيل والمحال، وفي المحال عليه خلاف ـ ومن كون الدين ثابتاً، أو مستقرًّا، وتماثل الدينين أو أن لا يكون ما على المحال عليه أقل ـ وحينئذٍ ليس للمحال الحق في الرجوع عليه بأي حال من الأحوال[4].

فمسألة براءة ذمة المحيل عن الدين ليست منصوصاً عليها، ولا متفقاً عليها، بل الذي يظهر رجحانه هو أن ذمته إنما تبرأ بشروط وضوابط منها أن يكون المحال عليه مليئاً وقت الحوالة كما اشترط ذلك النص النبوي الشريف، ومنها أن لا يموت أو يفلس قبل أداء الدين، وأن لا يشترط المحال حق الرجوع إليه مطلقاً.

---

(١) المغني (٤/ ٥٨١).

(٢) حاشية الدسوقي (٣/ ٣٢٨) لكن الدسوقي بعد نقله هذا الكلام عن ابن عرفة قال: «فيه نظر؛ لأن شرطه هذا مناقض لمقتضى العقد، وأصل المذهب في الشرط المناقض للعقد أن يفسده. تأمل». لكن الحقيقة ليس في هذا الشرط تناقض لمقتضى العقد.

(٣) جاء في الروضة (٤/ ٢٣٢): «فلو شرط في الحوالة الرجوع بتقدير الإفلاس أو الجحود فهل تصح الحوالة والشرط، أم الحوالة فقط أم لا يصحان؟ فيه أوجه. هذا إذا طرأ الإفلاس، فلو كان مفلساً حال الحوالة، فالصحيح المنصوص: أنه لا خيار للمحتال سواء شرط يساره أم أطلق، وفيه وجه يثبت خياره في الحالين، وفي وجه يثبت أن شرط فقط، واختار الغزالي الثبوت مطلقاً. . .».

(٤) الروضة (٤/ ٢٣١ ـ ٢٣٢)، والمغني (٤/ ٥٨٠ ـ ٥٨١).

الشقّ الثَّاني: أن دين السلم في حالة فسخه يبقى في ذمة المسلم من خلال الثمن؛ لأنه قد استلم الثمن فعلاً، فإما أن يدفع المسلم فيه بشروطه ومواصفاته وحينئذ يتسلمه المحال كما هو بدلاً من دينه الذي كان على المحيل (المسلم إليه) أو تحدث ظروف تؤدي إلى فسخ السلم بشروطه، وحينئذ يتسلم الثمن، وإذا وجد نقص في دينه فإنه يرجع إلى المحيل بناءً على الرأي القائل بعدم براءة ذمته ـ كما سبق ـ.

وهناك حل آخر، وهو جواز الإعتياض عنه، بل بيعه لآخر بشروطه كما سبق.

ومن هنا فلا مانع أن يشترط في الحوالة على دين السلم، أَوَ بِهِ أن يوضع هذا الشرط، وهو أنه في حالة نقص المسلم فيه عن الدين فإن المحال يرجع إلى المحيل تحقيقاً للعدالة، كما أن المحال ينبغي أن يحتاط لنفسه فلا يقبل إلَّا في حدود الثمن إلَّا إذا كان المسلم مليئاً معروفاً بقدرته على الوفاء.

الاحتمال الرَّابع: أنه إذا انفسخ عقد السلم بإقالة[1]، أو غيرها، فهل يجوز أن يأخذ عن دين السلم عوضاً من غير جنسه؟

هذه المسألة ذكر فيها العلامة ابن القيم وجهين:

أحدهما: أنه لا يجوز ذلك حتى يقبضه، ثمَّ يصرفه فيما شاء، وهذا اختيار الشريف أبي جعفر، وهو مذهب أبي حنيفة.

والثَّاني: يجوز أخذ العوض عنه، وهو اختيار القاضي أبي يعلى، وشيخ الإسلام ابن تيمية، وهو مذهب الشافعي، وهو الصحيح، فإن هذا عوض مستقر في الذمة فجازت المعاوضة عليه كسائر الدُّيون من القرض

(١) جاء في المغني (٤/ ٣٣٦): «قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الإقالة في جميع ما أسلم فيه جائزة» وأما في بعضه فمحل خلاف.

وغيره. وأيضاً فهذا مال رجع إليه بفسخ العقد فجاز أخذ العوض عنه كالثمن في المبيع.

وأيضاً فحديث ابن عمر في المعاوضة عما في الذمة صريح في الجواز[1].

وهؤلاء المانعون استدلوا بالحديث السابق وهو: «من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره...» وقد سبق أن الحديث ضعيف جدًّا لا ينهض حجة، وأنه يحتمل معاني أخرى كما سبق، قال ابن القيم: «ولو صح لم يتناول محل النزاع؛ لأنه لم يصرف المسلم فيه في غيره وإنما عاوض عن دين السلم بغيره، فأين المسلم فيه من رأس مال السلم»[2].

واستدلوا كذلك بأنه مضمون على المسلم إليه بعقد السلم فلم تجز المعاوضة عليه قبل قبضه وحيازته كالمسلم منه.

ويجاب عنه بأن قياسكم المنع على نفس المسلم فيه، فالكلام فيه أيضاً قد تقدم، وأنه لا نص يقتضي المنع، ولا إجماع ولا قياس.

قال ابن القيم: «ثم لو قدر بتسليمه لكان الفرق بين المسلم فيه، ورأس مال السلم واضحاً، فإن المسلم فيه مضمون بنفس العقد، والثمن إنما يضمن بعد فسخ العقد فكيف يلحق أحدهما بالآخر؟. فثبت أنه لا نص في المنع، ولا إجماع، ولا قياس»[3].

---

(١) شرح سنن أبي داود للحافظ ابن القيم بهامش عون المعبود (٩/ ٣٦٠)، ويراجع مذهب أبي حنيفة في: حاشية ابن عابدين (٤/ ٢٠٩)، لكنه أجاز الاستدال في حالة كون عقد السلم فاسداً.

(٢) المصدر السابق نفسه.

(٣) شرح سنن أبي داود لابن القيم (٩/ ٣٦٠ ـ ٣٦١)، ويراجع المذهب الشافعي في الروضة (٣/ ٤٩٣).

ثمَّ بيَّن ابن القيم حكم رأس المال في السلم بعد الفسخ حكم سائر الدُّيون، ولذلك لا يجوز أن يجعل سلماً في شيء آخر، وأنه إذا أخذ فيه أحد النقدين عن الآخر وجب قبض العوض في المجلس؛ لأنه صرف بسعر يومه، لأنه غير مضمون عليه، وإن عاوض عن المكيل بمكيل، أو عن الموزون بموزون من غير جنسه كقطن بحرير، أو كتان وجب قبض عوضه في مجلس التعويض.

وإن بيع بغير مكيل، أو موزون كالعقار والحيوان فهل يشترط القبض في مجلس التعويض؟ فيه وجهان:

أصحّهما: لا يشترط، وهو منصوص أحمد.

والثَّاني: يشترط...[1].

قال ابن القيم: «ونظير هذه المسألة: إذا باعه ما يجري فيه الربا كالحنطة مثلاً بثمن مؤجل فحل الأجل فاشترى بالثمن حنطة أو مكيلاً آخر من غير المجلس مما يمتنع ربا النَّساء بينهما، فهل يجوز ذلك؟ فيه قولان:

أحدهما: المنع، وهو المأثور عن ابن عمر، وسعيد بن المسيب، وطاوس، وهو مذهب مالك، وإسحاق.

والثَّاني: الجواز، وهو مذهب الشافعي وأبي حنيفة[2]، وبه قال جابر بن زيد، وسعيد بن جبير، وعلي بن الحسين، وهو اختيار صاحب المغني[3]، وشيخنا...»[4].

---

(١) شرح سنن أبي داود لابن القيم بهامش عون المعبود (٩/ ٣٦١).

(٢) يراجع: حاشية ابن عابدين (٤/ ٢١٠)، والروضة (٣/ ٤٩٣، وج٤/ ٢٩)، ويراجع المدونة (٤/ ٦٩ ـ ٧٩).

(٣) المغني لابن قدامة (٤/ ٣٣٧).

(٤) شرح سنن أبي داود (٩/ ٣٦١).

ثمَّ قال: «والصحيح الجواز، لما تقدم، قال عبد الله بن زيد: قدمت على علي بن حسين، فقلت له: (إني أجد نخلي، وأبيع ممن حضرني التمر إلى أجل فيقدمون بالحنطة، وقد حل الأجل فيوقفونها بالسوق، فأبتاع منهم، وأقاصهم؟ قال: لا بأس بذلك، فإذا لم يكن منك على رأي) ـ يعني إذا لم يكن حيلة مقصودة ـ. فهذا شراء للطعام بالدراهم التي في الذمة بعد لزوم العقد الأوَّل، فصح؛ لأنه لا يتضمن ربا بنسيئة ولا تفاضل، والذين يمنعون ذلك يجوزون أن يشتري منه الطعام بدراهم، ويسلمها إليه، ثمَّ يأخذها منه وفاءً أو نسيئة منه بدراهم في ذمته، ثمَّ يقاصه بها، ومعلوم أن شراءه الطعام منه بالدراهم التي في ذمته أيسر من هذا، وأقل كلفة والله أعلم»[1].

والخلاصة:

أنَّ الإقالة جائزة في عقد السلم بالاتفاق، وأن المسلم إليه (المشتري) له الحق في أن يأخذ بدل رأس ماله (دينه) أي: شيء من المسلم، مع ملاحظة قواعد الصرف فيما لو كان رأس ماله نقداً، ويأخذ الآن نقداً آخر مكانه، أما لو كان رأس ماله عيناً فيسترد مثله إن كان مثليًّا، وقيمته إن كان قيميًّا.

وكذلك له الحق في أن يشتري برأس مال السلم ـ بعد فسخه أيَّ شيء آخر مع ملاحظة قواعد الربا في النقود والطعام، ولكنه لا يجوز له أن يشتري به ديناً نسيئة؛ لأنه لا يجوز بيع الدَّين النسيء.

وله الحق في الحوالة، والتولية والإشراك، والصلح ونحو ذلك ـ كما سبق ـ.

---

(١) شرح سنن أبي داود بهامش عون المعبود (٩/ ٣٦١ ـ ٣٦٢).

صور من بيع الدين المعاصر
بناءً على ما أسند إلى الشافعية

يلاحظ أن بعض البلاد التي يسود فيها المذهب الشافعي تقوم بعض مؤسساتها المالية الإسلامية ببيع دين المرابحة، وحتى بعض علمائها أحل معاملات شبيهة بخصم الكمبيالات (سندات الدين) التجارية، فمن هذه الصور أن يقوم المصرف اليوم ببيع سلعة بالمرابحة إلى أحمد بثمن مقدر بعشرة آلاف دولار (مثلاً) لمدة سنة، وحينئذ يتحول الثمن إلى دين يستحق الأداء بعد سنة موثق بسندات القبض، وعندئذ يقوم المصرف ببيع تلك السندات على محمود حالًّا أو في زمن أقل من السنة مثلاً بمبلغ أقل من دين المرابحة، ثمَّ يقوم محمود باستيفاء الدين كاملاً (قيمة الصفقة السابقة بين المصرف وأحمد) بعد انتهاء مدته.

تحقيق مذهب الشافعية في بيع الدُّيون:

وبالرجوع إلى المصادر المعتمدة في المذهب الشافعي نرى أن خلافه ليس في بيع الدين بالدين على التفصيل الذي ذكرناه، وإنما خلافه في بيع الدين بالعين، كما ظهر ذلك من خلال ما نص عليه الشافعي وفقهاء المذهب، فقد جاء في الأم: (من سلف في طعام موصوف فحل السلف، فإنما له طعام في ذمة بائعه، فإن شاء أخذه به كله حتى يوفيه إياه، وإن شاء تركه كما يترك سائر حقوقه إذا شاء، وإن شاء أخذ بعضه وأنظره ببعض، وإن شاء أقاله منه كله. . .) ثمَّ قال: (فالقياس والمعقول مكتفى به فيه). كما ذكر عدَّة آثار تدل على ذلك[1].

وقد لخص الأئمة الشيرازي والرافعي والنووي مذهب الإمام الشافعي في بيع الدُّيون، جاء في المهذب: «وأما الدُّيون فينظر فيها فإن كان الملك

---

(١) الأم، ط دار المعرفة ـ بيروت (٣/ ١٣٢).

عليها مستقرًّا كغرامة المتلف، وبدل القرض جاز بيعه ممن عليه قبل القبض؛ لأن ملكه مستقر عليه، فجاز بيعه كالمبيع بعد القبض.

وهل يجوز من غيره؟ فيه وجهان:

أحدهما: يجوز؛ لأن ما جاز بيعه ممن عليه جاز بيعه من غيره كالوديعة.

والثَّاني: لا يجوز؛ لأنه لا يقدر على تسليمه إليه؛ لأنه ربما منعه، أو جحده، وذلك غرر لا حاجة به إليه فلم يجز.

والأوَّل أظهر؛ لأن الظاهر أنه يقدر على تسليمه إليه من غير منع ولا جحود، وإن كان الدين غير مستقر نظرت فإن كان مسلماً فيه لم يجز بيعه.

وإن كان ثمناً في بيع ففيه قولان: قال في الصرف: (يجوز بيعه قبل القبض لما روى ابن عمر، قال: «كنت أبيع الإبل بالبقيع[1] بالدنانير فآخذ الدراهم وأبيع بالدراهم فأخذ الدنانير، فقال رسول الله ﷺ: «**لا بأس بذلك ما لم تتفرقا وبينكما شيء**»[2]، ولأنه لا يخشى من انفساخ العقد فيه بالهلاك فصار كالبيع بعد القبض.

وروى المزني في جامعه الكبير أنه لا يجوز...»[3].

وقال النووي في شرحه: «وهل تجوز الحوالة به بأن يحيل المسلم إليه المسلم بحقه على من له عليه دين قرض، أو إتلاف، أو الحوالة عليه بأن يحيل المسلم من عليه قرض دين أو إتلاف على المسلم؟ فيه ثلاثة أوجه:

---

(١) جاء في المجموع (٢٧٣١٩)، وقوله: بالبقيع، هو بالياء الموحدة وإنما قيدته لأني رأيت من يصحفه.

(٢) الحديث رواه أبو داود والترمذي وابن ماجه والنسائي والحاكم وغيرهم وصححه النووي وغيره كما سبق وضعفه الألباني في الإرواء (٥/ ١٧٣).

(٣) المهذب مع شرحه المجموع (٩/ ٣٧٢).

أصحها: لا. والثَّاني: نعم. والثَّالث: لا يجوز عليه، ويجوز به...

ثمَّ قال: فإذا باع بدراهم أو دنانير في الذمة ففي الاستبدال عنها طريقان:

أحدهما: القطع بالجواز.. وأما الأجرة فكالثمن، وأما الصداق وبدل الخلع، فكذلك إن قلنا: إنهما مضمونان ضمان العقد، وإلا فهما كبدل الإتلاف.

ثمَّ قال: وإن جوزنا الاستبدال فلا فرق بين بدل وبدل، ثمَّ ينظر إن استبدال ما يوافقهما في علة الربا كدنانير عن دراهم اشترط قبض البدل في المجلس، وكذا إن استبدل عن الحنطة المبيعة شعيراً إن جوزنا ذلك».

وفي اشتراط تعيين البدل عند العقد وجهان:

أحدهما: يشرط، وإلا فهو بيع دين بدين.

وأصحهما: لا يشترط كما لو تصارفا في الذمة، ثمَّ عينا وتقابضا في المجلس. وإن استبدل ما ليس موافقاً لها في علة الربا كالطعام والثياب عن الدراهم نظر: إن عين البدل والاستبدال جاز.

وفي اشتراط قبضه في المجلس وجهان:

صحح الغزالي وجماعة الاشتراط هو ظاهر نصه في المختصر.

وصحح الإمام البغوي عدمه.

قلت: هذا الثَّاني أصح، وصححه الرافعي في المحرر. وإن لم يعين بل وصف في الذمة، فعلى الوجهين السابقين، وإن جوزناه اشترط التعين في المجلس. وفي اشتراط القبض الوجهان.

ثمَّ قال: وأما دين القرض والإتلاف فيجوز الاستبدال عنه بلا خلاف كما لو كان له في يد غيره مال بغصب، أو عارية فإنه يجوز بيعه له، ولا يجوز استبدال المؤجل عن الحال ويجوز عكسه.

وهذا الذي ذكرناه كله في الاستبدال وهو بيع الدين ممن هو عليه، فأما بيعه لغيره كمن له على رجل مائة فاشترى من آخر عبداً بتلك المائة، ففي صحته قولان مشهوران:

أصحهما: لا يصح لعدم القدرة على التسليم.

والثَّاني: يصح بشرط القبض في المجلس.

ثمَّ قال: «ولو كان له دين على إنسان ولآخر مثله على ذلك الإنسان فباع أحدهما ما له عليه بما لصاحبه، لم يصح سواء اتفق الجنس أو لا، لنهيه ﷺ عن بيع الكالىء بالكالىء»[1].

وهذا الكلام هو ملخص لما ذكره الرافعي في شرح الوجيز[2]، وعليه نصوص الكتب الشافعية[3]، حيث تدل على أنه ليس هناك خلاف للشافعية في عدم جواز بيع الدين بالدين، وأن قواعد الصرف تنسحب على كل التعامل الذي يجري بالدين أو غيره حيث يشترط فيه التماثل والتقابض في المجلس إذا كانا من جنس ربوي واحد، والتقابض في المجلس إذا كانا من جنسين ربوين مختلفين، أما إذا كانا من غير ذلك فتطبق عليه القواعد العامة في البيع، بأن كان الدين دراهم ودنانير (النقود)، والمستبدل عنه طعاماً، أو غيره من القيميات، أو المثليات (ما عدا النقود) فيجوز البيع زيادة ونقصاناً ودون الحاجة إلى القبض في المجلس.

وأما إذا كان الدين غير النقود بأن باع بغيرها في الذمة، مثل أن باع جمله بسيارة موصوفة في الذمة فيجوز الاستبدال عنها بأي شيء آخر على أحد الوجوه[4].

---

(١) المجموع (٩/ ٢٧٣ ـ ٢٧٥).

(٢) فتح العزيز (٨/ ٤٣١ ـ ٤٣٩).

(٣) روضة الطالبين (٣/ ٥١٢)، والمنهاج مع شرحه للعلامة المحلي، وحاشيتي القليوبي وعميرة، ط عيسى الحلبي بالقاهرة (٢/ ٢١٤).

(٤) فتح العزيز (٨/ ٤٣٥).

جاء في المنهاج وشرحه للمحلي: «ولا يشترط في الأصح القبض للبدل في المجلس إن استبدل ما لا يوافق في العلة للربا كثوب عن دراهم، كما لو باع ثوباً بدراهم في الذمة، لا يشترط قبض الثوب في المجلس، والثَّاني يشترط لأن أحد العوضين دين، فيشترط قبض الآخر في المجلس كرأس مال السلم[1].

وأما بيع الدين لغير من عليه الدين ففيه خلاف بين الشافعية على قولين، أحدهما يصح، والآخر لا يصح، مع خلاف في الترجيح لأحدهما، وعلى القول بالصحة قال المحلي: «يشترط عليه قبض العوضين في المجلس، فلو تفرقا قبل قبض أحدهما بطل البيع. كذا في الروضة وأصلها كالتهذيب، وفي المطلب أن مقتضى كلام الكثيرين يخالفه»[2]، قال القليوبي معلقاً على ما هو المعتمد في الروضة وأصلها: «وعلم أنه لا فرق بين ما اتفقا في علة الربا وعدمه وعلى المعتمد الذي اقتضاه كلام الشيخين»[3]، ولكن النووي في زيادات الروضة قال: «الأظهر الصحة» أي: دون الحاجة إلى القبض في المجلس[4].

الخلاصة:

فعلم مما سبق أن ما جرى من تلك الدولة من بيع الدين المؤجل لشخص آخر بثمن معجل أقل من الدين لا يجوز أبداً عند الشافعية، وليس عليه أي قول من أقوال الإمام الشافعي، ولا وجه من وجوه أصحابه، وإنما هو نابع من عدم فهم بعض العبارات المطلقة الواردة في جواز بيع الدين دون الخوض في مرادها وما تتطلبها قواعد المذهب في مسائل الصرف ونحوها.

---

(١) شرح المنهاج للمحلي (٢/ ٢١٤).
(٢) شرح المحلي، مع حاشية القليوبي وعميرة (٢/ ٢١٥)، ويراجع الروضة (٣/ ٥١٣).
(٣) المصدر السابق نفسه.
(٤) الروضة (٣/ ٥١٤).

كما أن ذلك لا يجوز عند أحد من الفقهاء السابقين ـ حسب علمي ـ بل هو داخل في ربا النسيئة، ولا يختلف عن سندات الدين التي صدر بحظرها قرارات المجامع الفقهية. هذا والله أعلم.

خلاصة أحكام التصرُّف في الدَّين

ينقسم التصرُّف في الدين إلى تصرف من الدائن، وتصرف من المدين، ثمَّ إن التصرُّف من الدائن قد يكون مع المدين نفسه أو مع غيره.

١ ـ تصرف الدائن في دينه، للمدين نفسه أو لغيره:

التصرُّف في الدين إذا كان بتمليكه للدين نفسه فإما أن يكون الدين مملوكاً للدائن بصورة مستقرة، كبدل القرض وثمن المبيع والمهر بعد الدخول، وإما أن يكون ملكه له غير مستقر كالأجرة قبل استيفاء المنفعة والمهر قبل الدخول.

١/١ ـ تصرف المدين في الدين للمدين نفسه فيما ملكه مستقر عليه:

لا خلاف بين الفقهاء في جواز تمليك الدائن للمدين نفسه ديناً استقرت ملكيته؛ لأن ذلك التصرُّف يقع من المالك فيما استقر ملكه عليه وهو من قبيل الاستبدال (البيع) أو الهبة (الإسقاط)، والدليل على ذلك من السنة قول ابن عمر رضي الله عنهما: كنت أبيع الإبل بالدنانير وآخذ مكانها الدراهم وأبيع بالدراهم وآخذ مكانها الدنانير، فأتيت النبي ﷺ فسألته عن ذلك فقال: **«لا بأس إذا تفرقتما وليس بينكما شيء»**.

١/١/٢ ـ ويستثنى من جواز تمليك الدين بعوض ـ عند جمهور الفقهاء ـ بدل الصرف ورأس مال السلم، فلا يجوز التصرُّف فيهما قبل القبض؛ لأن ذلك يخل بشرط صحتهما وهو القبض قبل الافتراق وإذا باع الذهب الذي في الذمة بفضة اشترط قبضها في المجلس.

١/١/٢/١ ـ وفي تمليك الدين للمدين يجوز عند بعض الفقهاء أن يكون العوض نفسه ديناً ويسمى ذلك: تطارح الدينين، وهو أن يبيع ديناً له بدين عليه للمدين ولكن شريطة حلول أجل الدَّينين وبراءة الذمتين، إذ يعتبر حلول الأجلين بمثابة التقابض، ولذا يسمي هؤلاء الفقهاء هذه المعاملة: (الصرف في الذمة). وأما حديث النهي عن بيع الكالىء بالكالىء ـ أي: الدين بالدين ـ فالمراد الدين الواجب بالدين الواجب أي: السلف المؤجل من الطَّرفين. وهاهنا دينان ساقطان، وليس في تحريم ذلك نص ولا تترتب في هذا مفسدة بيع الدين بالدين (حيث تبقى الذمة مشغولة مع وجود العقد، والمقصود من العقود القبض فلم يحصل)، أما هنا فقد حصلت بالبيع براءة كل منهما من دين صاحبه.

١/١/٢/٢ ـ كما يجوز أيضاً عند بعض الفقهاء تمليك الدين بجعله رأس مال للسلم؛ لأنه قبض حكمي، فلم يتحقق فيه انتفاء قبض رأس مال السلم؛ لأنه بالتمليك للمدين صار مقبوضاً فارتفع المانع. ويسمى هذا (بيع الساقط بالواجب).

١/١/٢/٣ ـ في حالة بيع الدائن دينه إلى المدين نفسه بشيء موصوف في الذمة يشترط قبض العوض قبل التفرق كيلا يكون بيع دين بدين. أما إذا كان العوض شيئاً معيناً فلا يشترط قبضه اكتفاء بتعينه.

١/٢ ـ تصرف المدين في الدين للمدين نفسه فيما لم يستقر ملكه عليه:

التصرُّف من الدائن مع المدين في دين غير مستقر الملك، كالأجرة قبل استيفاء المنفعة، والمسلم فيه، والمهر قبل الدخول إذا كان بغير عوض فهو جائز؛ لأنه إسقاط. إما بعوض فيختلف الحكم في السلم عن غيره.

١/٢/١ ـ بيع السلم: يجوز عند بعض الفقهاء الاعتياض عن الدين المسلم فيه إذا كان بثمن المثل أو دونه لا أكثر منه. لأنه لا يندرج بهذا القيد في جر منفعة بالسلف. أما إذا كان بأكثر ففيه ذلك المحذور. وبعض الفقهاء

منع ذلك مطلقاً لأن دين السلم غير مستقر لاحتمال فسخه بانقطاع المسلم فيه فلا يصح البيع أصلاً.

١/ ٢/ ٢ ـ غير دين السلم من الدُّيون التي لم يستقر ملك الدائن لها يجوز الاستبدال عن تلك الدُّيون.

٢ ـ تمليك الدائن دينه لغير مدينه:

يجوز عند بعض الفقهاء تمليك الدائن دينه لغير مدينه بعوض وبغير عوض إذا انتفى غرر العجز عن تسليمه، ولم يقترن به شيء من المحظورات كربا النسيئة، وبيع الدين بالدين.

٣ ـ تصرف المدين في دينه:

يتم هذا عن طريق الحوالة، وأحكامها معروفة.

وفي جميع الأحوال لا يجوز بيع الدين لغير من هو عليه بأقل من قدره نظير الأجل الذي ينظر إليه مشتري الدين، (خصم الكمبيالات والسندات) لأن هذا من الربا المحرم.

هذا، والله أعلم بالصواب.





أحاديث النهي عن صفقتين في صفقة واحدة، سندها ومتنها وفقهها (دراسة تحليلية)

المقدّمة

الحمد لله ربّ العالمين، والصَّلاة والسَّلام على المبعوث رحمةً للعالمين وعلى آله وصحبه ومن تبع هداه إلى يوم الدين.

وبعد:

ففي خضمّ الحوادث والمستجدَّات والقضايا الحديثة، والمسائل المتجددة، أرى أنَّ العودة إلى المنبع الصافي (من الكتاب والسُّنَّة) هي الحل، ولكن مع الأخذ بنظر الاعتبار كل ما قاله علماؤنا الكرام وفقهاؤنا العظام، مع النظرة الفاحصة النافذة الناقدة.

وذلك لأنَّ العودة إلى المنبع الصافي تعطيك المجال الواسع، وتبعدك عن التأثُّر بالزمان والمكان والظروف والملابسات الآنية التي قد تؤثِّر في تفكير المجتهد، في حين أنَّ المعايشة مع النص المعصوم تمنحك الجو الروحاني الرحب، الواسع.

ومن خلال معايشتي لهذه الأحاديث الواردة في «النهي عن بيعتين في بيعة»، أو «شرطين في شرط»، أو «بيع وسلف» تبيَّن لي أنَّ فقهاءنا الكرام قد وسعوا هذه الدائرة مع مرور الزمن حتى أدخلوا فيها ما ليس منها، ولذلك توسَّعت دائرة الحرمة في المعاملات مع أنَّ العودة إلى النصوص نفسها تعطيك الصورة الحقيقية لمقاصد الرسول ﷺ في هذه الأحاديث،

ومن هنا أدركت قيمة التجديد المئوي الذي تحدَّث عنه رسول الله ﷺ حتى تعود الأمَّة إلى المنبع الصافي نفسه بعيداً عن تأثيرات الزمان والمكان والملابسات السابقة، لينزل النص بفهم صحيح على الوقائع الراهنة والواقعة واللاحقة.

وقد بذلت جهدي في تحليل هذه النصوص سنداً ومتناً وفقهاً وتطبيقاً، فإن كنت قد وُفِّقت فذلك بفضل الله وحده، وإلَّا فعذري أنني لم آل جهداً، وإن كان هذا البحث لم يستوعب كل ما أعددته حول الموضوع حيث كان بحثي هذا بمثابة اختصار موجز لما تتضمَّنه هذه الأحاديث من أحكام وأقوال فقهية وخلافات، ولعلَّ الله يوفِّقنا لاستخراج كل ذلك في كتاب كبير.

والله أسأل أن يوفِّقنا لخدمة شرعه ويعصمنا من الخطأ والزَّلل في القول والعمل إنه مولاي وحسبي، فنعم المولى ونعم النصير.

ألفاظ الأحاديث وتخريجها

وردت أحاديث كثيرة في النهي عن اجتماع أكثر من شيء في عقد واحد، فنذكر هنا ألفاظها.

*** الحديث الأوَّل: «نهى رسول الله ﷺ عن صفقتين في صفقة واحدة»:**

١ ـ ورد بهذا اللفظ: في مسند أحمد (١/ ٣٩٨) حيث رواه بسنده إلى عبد الله بن مسعود.

ورواه أيضاً بسنده موقوفاً على ابن مسعود (١/ ٣٩٣) أنه قال: لا تصلح سفقتان في سفقة، وأنَّ رسول الله ﷺ قال: «**لعن الله آكل الربا وموكله وشاهده وكاتبه**».

٢ ـ ورواه ابن حبان (حديث ١١١١، ١١١٢) من طريق سفيان وشعبة.

٣ ـ وروي موقوفاً على ابن مسعود أيضاً في المصنف للحافظ ابن همام الصنعاني، حديث رقم (١٤٦٣٣)، ولفظه: «لا تصلح الصفقتان في الصفقة، أن يقول: هو بالنسيئة بكذا وكذا وبالنقد بكذا وكذا».

وحديث رقم (١٤٦٣٦)، ولفظه عن ابن مسعود أنه قال: «الصفقتان في الصفقة ربا».

وحديث رقم (١٤٦٣٧)، ولفظه عن ابن مسعود أنه قال: «لا تحل الصفقتان في الصفقة».

٤ ـ ورواه البيهقي في السنن الكبرى (١/ ٣٤٣) بسنده عن عبد الله بن عمرو بن العاص، أنَّ رسول الله ﷺ: **«نهى عن بيع وسلف، وعن بيعتين في صفقة واحدة، وعن بيع ما ليس عندك»**، وقال رسول الله ﷺ: **«حرام شف ما لم يضمن»**.

٥ ـ وأخرجه ابن أبي شيبة موقوفاً على ابن مسعود بلفظ: «صفقتان في صفقة ربا» (المصنف ٨/ ١٩٢/ ٢)، وبلفظ: «الصفقة في الصفقتين ربا» (المصنف ٦/ ١٩٩)، وبهذا اللفظ الأخير أخرجه أيضاً عبد الرزاق في مصنفه (٨/ ١٣٨، ١٣٩) كما سبق.

٦ ـ ورواه ابن نصر في السُّنَّة (ص٥٤).

*** الحديث الثَّاني: «لا يحلّ سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يضمن، ولا بيع ما ليس عندك»:**

١ ـ رواه بهذا اللفظ: الحاكم في مسنده عن طريق عمرو بن شعيب عن أبيه، عن جده، عن الرسول ﷺ.

وروى أيضاً عن طريق عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده عبد الله بن عمرو بن العاص قال: قلت: يا رسول الله، إنِّي أسمع منك أشياء أخاف أن أنساها أفتأذن لي أن أكتبها؟ قال: «نعم»، قال: فكان فيما كتبت عن

رسول الله ﷺ أنه لما بعث عتاب بن أسيد إلى أهل مكة قال: «أخبرهم أنه: لا يجوز بيعان في بيع، ولا بيع ما لا يملك، ولا سلف وبيع، ولا شرطان في بيع».

٢ ـ ورواه بهذا اللفظ النسائي في سننه (٧/ ٢٩٥) عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده.

ورواه أيضاً (٧/ ٢٩٥) بسنده عن عمرو بن شعيب عن أبيه، عن جده: «أنَّ رسول الله ﷺ نهى عن سلف وبيع، وشرطين في بيع، وربح ما لم يضمن».

ورواه أيضاً (٧/ ٣٠٠) عن نفس الراوي قال: «نهى رسول الله ﷺ عن سلف وبيع، وعن شرطين في بيع واحد، وعن بيع ما ليس عندك، وعن ربح ما لم يضمن».

ورواه أيضاً (٧/ ٢٨٨) عن نفس الراوي أنَّ رسول الله ﷺ **قال: «لا يحلّ سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا بيع ما ليس عندك»**.

٣ ـ ورواه أحمد في مسنده (٢/ ١٧٩) بسنده عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده بنفس اللفظ.

ورواه بلفظ (عن نفس الراوي) قال: «نهى رسول الله ﷺ عن سلف وبيع، وعن بيعتين في بيعة، وعن بيع ما ليس عندك، وعن ربح ما لم يضمن» (٢/ ١٧٤، ١٧٥، ٢٠٥).

٤ ـ ورواه الدارمي في سننه (٢/ ١٦٨) بسنده عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده قال: «نهى رسول الله ﷺ عن سلف وبيع، وعن شرطين في بيع، وعن ربح ما لم يضمن».

٥ ـ رواه مالك في الموطأ (ص٤٠٧، ٤٠٨) أنه بلغه: «أنَّ رسول الله ﷺ نهى عن بيع وسلف». (لم يذكر مالك عن من سمعه).

٦ ـ ورواه نور الدِّين الهيثمي في موارد الظمآن إلى زوائد ابن حبان (ص٢٧١ ـ ٢٧٢) بسنده عن عطاء، عن عبد الله بن عمرو بن العاص: أنه قال: يا رسول الله، إنَّا نسمع منك أحاديث أفتأذن لنا أن نكتبها؟ قال: «نعم». فكان أول ما كتب كتاب النبي ﷺ إلى أهل مكة: **«لا يجوز شرطان في بيع واحد، ولا بيع وسلف جميعاً، ولا بيع ما لم يضمن، ومن كان مكاتباً على مائة درهم فقضاها إلَّا عشرة دراهم فهو عبد، أو على مائة أوقية فقضاها إلَّا أوقية فهو عبد»**.

٧ ـ ورواه البيهقي في السنن الكبرى بسنده عن عمرو بن العاص عن أبيه، عن جده:

(أ) (٥/ ٢٦٧): بنفس اللفظ.

(ب) (٥/ ٣٤٣): أنَّ رسول الله ﷺ نهى عن بيع وسلف، وعن بيعتين في صفقة واحدة، وعن بيع ما ليس عندك، وقال رسول الله ﷺ: **«حرام شف ما لم يضمن»**.

(ج) (٥/ ٣٤٠): وروى عن نفس الراوي بلفظ أنَّ رسول الله ﷺ أرسل عتاب بن أسيد إلى أهل مكة أن أبلغهم عنِّي أربع خصال: **«أن لا يصلح شرطان في بيع، ولا بيع وسلف، ولا بيع ما لا يملك، ولا ربح ما لا يضمن»**.

٨ ـ رواه الترمذي بنفس اللفظ وعن نفس الراوي (٤/ ٤٣١) حديث (١٢٥٢).

٩ ـ رواه أبو داود بنفس اللفظ وعن نفس الراوي (٩/ ٤٠٢ ـ ٤٠٣).

١٠ ـ ورواه ابن خزيمة في الإرواء عن نفس الراوي (٥/ ١٤٧) حديث رقم (١٣٠٥) بنفس اللفظ.

١١ ـ وعبد الرزاق في مصنفه (٨/ ٣٩) عن عمرو بن شعيب عن أبيه، عن جده بلفظ: قال: «نهى رسول الله ﷺ عن سلف وبيع، وعن شرطين في بيع واحد، وعن بيع ما ليس عندك، وعن ربح ما لم تضمن».

١٢ ـ والدارقطني: الحديث (٣٢٠).

١٣ ـ وابن الجارود: الحديث (٦٠١).

١٤ ـ وأبو حنيفة (مسند حنيفة، ط الآداب القاهرة، ص١٢٤).

١٥ ـ وابن حزم عن طريق أبي داود: المحلِّي (٩/ ٥٩٥).

*** الحديث الثَّالث: عن أبي هريرة قال: «نهى رسول الله ﷺ عن بيعتين في بيعة»:**

وكذلك روي عن ابن عمر، وابن عمرو.

١ ـ رواه بهذا اللفظ الترمذي في جامعه (٤/ ٤٢٧ ـ ٤٢٩)، وقال بعد أن ذكر الحديث: وفي الباب، عن عبد الله بن عمرو وابن عمر وابن مسعود.

٢ ـ رواه مالك في الموطأ (ص٤١٤): أنه بلغه أنَّ رسول الله ﷺ نهى عن بيعتين في بيعة. (دون ذكر الراوي والسند).

٣ ـ رواه النسائي في سننه (٧/ ٢٩٥ ـ ٢٩٦) بسنده بنفس اللفظ وعن نفس الراوي.

٤ ـ ورواه أحمد في مسنده (٢/ ٧١) بسنده عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «مطل الغني ظلم، وإذا أحلت على مليء فاتبعه، ولا بيعتين في واحدة».

ورواه بسنده (٢/ ١٧٤، ٢٠٥) عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده: «نهى رسول الله ﷺ عن بيعتين في بيعة، وعن بيع وسلف، وعن ربح ما لم يضمن، وعن بيع ما ليس عندك».

٥ ـ رواه الطبراني في المعجم الكبير (٨/ ٢٨٠) في حديث رقم (٧٩١٧) بسنده عن أبي أُمامة: «أنَّ رسول الله ﷺ نهى عن صلاتين، وعن صيامين، وعن نكاحين، وعن لبستين، وعن بيعتين».

٦ ـ ورواه أبو داود في سننه (٩/ ٣٣٢) في حديث رقم (٣٤٤٤) بسنده عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: **«من باع بيعتين في بيعة فله أوكسهما أو الربا»**.

٧ ـ رواه ابن حبان (الإحسان بترتيب صحيح ابن حبان ٧/ ٢٢٦)، بنفس اللفظ في حديث رقم (٤٩٥٣).

ورواه أيضاً في حديث رقم (٤٩٥٣) عن أبي هريرة بلفظ: قال: قال رسول الله ﷺ: **«مَن باع بيعتين في بيعة فله أوكسهما أو الربا»**.

٨ ـ رواه ابن حبان (موارد الظمآن إلى زوائد ابن حبان) بنفس اللفظ في حديث (١١٠٩)، ورواه أيضاً في حديث رقم (١١١٠) عن أبي هريرة بلفظ: قال رسول الله ﷺ: **«من باع بيعتين في بيعة فله أوكسهما أو الربا»**.

٩ ـ رواه البيهقي في السنن الكبرى (٥/ ٣٤٣) بنفس اللفظ.

ورواه أيضاً عن أبي هريرة بلفظ: «أنَّ النبي ﷺ نهى عن بيعتين في **بيعة»**.

ورواه أيضاً عن أبي هريرة بلفظ: قال: قال رسول الله ﷺ: **«من باع بيعتين في بيعة فله أوكسهما أو الربا»**.

ورواه عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده: أنَّ رسول الله ﷺ **نهى** عن بيع وسلف، وعن بيعتين في صفقة واحدة، وعن بيع ما ليس عندك، وقال رسول الله ﷺ: «حرام شف ما لم يضمن».

١٠ ـ ورواه ابن أبي شيبة في المصنف (٧/ ١٩٢/ ٢).

ورواه الحاكم في المستدرك (٢/ ٤٥).

ورواه ابن الجارود (ص٥٩٩ ـ ٦٠٠).

وورد بلفظ: «لا يجوز بيعان في بيع»

حيث رواه الحاكم في المستدرك (٢/ ١٧) بسنده عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده عبد الله بن عمرو بن العاص، قال: قلت: يا رسول الله، إني أسمع منك أشياء أخاف أن أنساها، أفتأذن لي أن أكتبها؟ قال: «نعم» قال: فكان فيما كتب عن رسول الله ﷺ أنه لما بعث عتاب بن أسيد إلى أهل مكة قال: «أخبرهم: أنه لا يجوز بيعان في بيع، ولا بيع ما لا يملك، ولا سلف وبيع، ولا شرطان في بيع».

ولكنه لم يحكم عليه، بل سكت عنه، كما سكت عنه الحافظ الذهبي في تلخيصه على المستدرك (٢/ ١٧).

الخلاصة:

أنَّ الحديث لم يرو فقط من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص وإنما روي أيضاً من حديث أبي هريرة، وعبد الله بن عمر، فأما حديث أبي هريرة فرواه محمد بن عمرو عن أبي سلمة، عنه قال: «نهى رسول الله ﷺ عن بيعتين في بيعة». أخرجه النسائي، والترمذي، وابن الجارود، وابن حبان، والبيهقي، وأحمد من طرق.

وفي لفظ آخر عنه: «من باع بيعتين في بيعة فله أوكسهما، أو الربا»، أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف، وعنه أبو داود، وابن حبان، والحاكم وعنه البيهقي ـ كما سبق ـ.

وأما حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما، فرواه يونس بن عبيد، عن نافع، عنه مرفوعاً بلفظ: «مطل الغني ظلم، وإذا اتبع أحدكم على مليء فليتبعه، ولا تبع بيعتين في بيعة». أخرجه الترمذي، وابن الجارود، وأحمد، وابن ماجه، والبزار ـ كما سبق ـ إضافة إلى أنَّ حديث ابن عمر أخرجه ابن خزيمة، والبيهقي، وأحمد[1].

---

(١) يراجع في تفصيل ذلك: إرواء الغليل (٥/ ١٥٠ ـ ١٥١).

درجة هذه الأحاديث من حيث القوَّة والضعف

*** الحديث الأوَّل: «نهى رسول الله ﷺ عن صفقتين في صفقة واحدة»:**

* هذا الحديث بشكله المرفوع إلى النبي ﷺ: قال فيه الحافظ الهيثمي في مجمع الزوائد ومنبع الفوائد:

«رواه البزار وأحمد، ورواه الطبراني في الأوسط، ولفظه: قال رسول الله ﷺ: «لا تحل صفقتان في صفقة»، ورواه في الكبير، ولفظه:

«الصفقة بالصفقتين ربا»، وهو موقوف، ورواه البزار كذلك وزاد: وأمرنا رسول الله ﷺ بإسباغ الوضوء.

ورجال أحمد ثقات»(١).

وقد عقب الشيخ الألباني على هذا بأنَّ: «رواية أحمد المرفوعة، في سندها شريك بن عبد الله القاضي، وهو سيِّىء الحفظ، فلا يحتج به، مع مخالفته لسفيان وشعبة في رفعه»(٢)، وقد قال الحافظ ابن حجر فيه: «صدوق يخطىء، من الخامسة، مات في حدود الأربعين ومائة»، وذكر بأنَّ «البخاري ومسلماً وأبا داود، والنسائي وابن ماجه، والترمذي في الشمائل قد أخرجوا أحاديثه»(٣).

الخلاصة:

أنَّ المرفوع إلى النبي ﷺ بهذا اللفظ معلول، أو بعبارة أخرى فيه ضعف، ولكن له شواهد من حديث أبي هريرة، وابن عمر، وابن عمرو كما في الحديث الثَّالث.

---

(١) مجمع الزوائد ومنبع الفوائد (٤/ ٨٤ ـ ٨٦).

(٢) إرواء الغليل (٥/١٤٩).

(٣) تقريب التهذيب، ط دار المعرفة ـ بيروت، لبنان (١/ ٣٥١).

* وأما الموقوف على ابن مسعود فصحيح، كما قال الألباني:

أخرجه عبد الرزَّاق في المصنف، وابن أبي شيبة، وابن حبان، والطبراني وسنده صحيح، وفي سماع عبد الرحمٰن من أبيه خلاف، وقد أثبته جماعة، والمثبت مقدم على النافي.

ورواه أحمد وهو رواية لابن حبان بلفظ: «لا تصلح سفقتان في سفقة»، ولفظ ابن حبان: «لا يحل صفقتان في صفقة»، وأنَّ رسول الله ﷺ قال: «**لعن الله آكل الربا وموكله وشاهده وكاتبه»، وسنده صحيح أيضاً.**

وكذا رواه ابن نصر في السُّنَّة وزاد في رواية: «أن يقول الرجل: إنْ كان بنقد فبكذا وكذا، وإن كان إلى أجل فبكذا وكذا».

وهو رواية لأحمد، وجعله من قول سماك، الراوي عن عبد الرحمن بن عبد الله.

ثمَّ إنَّ الحديث رواه ابن نصر وعبد الرزاق في المصنف بسند صحيح عن شريح، قال: فذكره من قوله مثل لفظ حديث الترجمة بالحرف الواحد.

قلت: وسماك هو ابن حرب، وهو تابعي معروف، قال: «أدركت بثمانين صحابيًّا»(١)، وهو صدوق، غير أنَّ روايته عن عكرمة خاصة مضطربة، وقد تغيَّر بأخرة. مات سنة ٢٣هـ. وروى له البخاري ومسلم وغيرهما(٢).

* درجة الحديث الثَّاني: «لا يحل بيع وسلف...»:

* قال الترمذي فيه: «وهذا الحديث حسن صحيح»(٣).

* وقال الحاكم في المستدرك: «هذا حديث صحيح على شرط جملة من أئمة المسلمين صحيح، وهكذا رواه أبو داود ابن أبي هند وعبد الملك

---

(١) سلسلة الأحاديث الصحيحة، ط مكتبة المعارف ـ الرياض (٥/ ٤٢٠).
(٢) تقريب التهذيب (١/ ٣٣٢).
(٣) سنن الترمذي ـ المرجع السابق ـ (٤/ ٤٣٣).

ابن أبي سليمان وغيرهم عن عمرو بن شعيب»، ووافقه الذهبي[1].

* وقال المنذري: وأخرجه الترمذي والنسائي وابن ماجه، وقال الترمذي: حسن صحيح، ويشبه أن يكون صحيحاً لتصريحه بذكر عبد الله بن عمرو ويكون مذهبه في الامتناع بحديث عمرو بن شعيب إنما هو الشك في إسناده لجواز أن يكون الضمير عائداً على محمد بن عبد الله بن عمرو، فإذا صرّح بذكر عبد الله بن عمرو انتفى ذلك، والله عزَّ وجلّ أعلم[2].

* والحديث ـ كما رأينا ـ رواه ابن حبان في صحيحه[3]، وهذا يعني الحكم عليه بالصحة.

* والحديث ـ كما رأينا ـ رواه ابن خزيمة في صحيحه[4]، وهذا يعني الحكم عليه بالصحة.

* وقال ابن حزم[5]: «هذا صحيح، وبه نأخذ، ولا نعلم لعمرو بن شعيب حديثاً مسنداً إلَّا هذا وحده، وآخر في الهبات».

* وقال الزيلعي[6]: «قال المنذري: ويشبه أن يكون الترمذي إنَّما صحَّحه لتصريحه فيه بذكر عبد الله بن عمرو».

* ووافق الحافظ عبد الحق[7]: الترمذي في حكمه على هذا الحديث بأنه حسن صحيح.

---

(١) المستدرك وبهامشه التلخيص للذهبي (٢/ ١٧).
(٢) عون المعبود شرح سنن أبي داود لابن قيِّم الجوزية (٩/ ٤٠٥).
(٣) موارد الظمآن، الحديث رقم (١١٠٨)، (ص٢٧١).
(٤) الإرواء، الحديث رقم (١٣٠٥).
(٥) المحلَّى (٩/ ٥٩٥).
(٦) نصب الراية، ط المكتبة الإسلامية (٤/ ١٨ ـ ١٩).
(٧) كتاب الأحكام (٢/ ١٥٤)، نقلاً عن إرواء الغليل (٥/ ١٤٧).

* ونقل ابن تيمية، والحافظ ابن حجر تصحيح الترمذي، وابن خزيمة، والحاكم، وأنه أخرجه أيضاً في علوم الحديث من رواية أبي حنيفة عن عمرو المذكور بلفظ آخر[1].

* وقال الألباني في الإرواء، الحديث (١٣٠٦): «حسن»، وقال في صحيح الجامع الصغير، الحديث (٧٦٤٤): «صحيح».

والخلاصة:

أنَّ الحديث صحيح ينهض حجة في عدم جواز البيع والسلف في صفقة واحدة ـ كما سيأتي شرحه ـ.

*** درجة الحديث الثَّالث: «نهى رسول الله ﷺ عن بيعتين في بيعة»:**

ذكرنا عند التخريج أنَّ هذا الحديث روي من حديث أبي هريرة، وحديث عبد الله بن عمر بن الخطاب، وحديث عبد الله بن عمرو بن العاص.

* **فأما حديث أبي هريرة بلفظ:** «نهى رسول الله ﷺ عن بيعتين في بيعة»:

قال الترمذي فيه: «حديث حسن صحيح»[2].

وبلفظ: «من باع...».

ـ فقال الحاكم: «صحيح على شرط مسلم»، ووافقه الذهبي[3].

وكذلك صححه ابن حزم[4]، وعبد الحق في أحكامه[5]، والبغوي[6].

---

(١) وهو لفظ: «نهى عن بيع وشرط»، ثمَّ قال الحافظ ابن حجر في بلوغ المرام مع شرح سبل السَّلام (٣/ ٨٠٩): من هذا الوجه أخرجه الطبراني في الأوسط وهو غريب.

(٢) الترمذي ـ مع تحفة الأحوذي ـ (٤/ ٤٢٧ ـ ٤٢٩).

(٣) المستدرك، مع التلخيص بالهامش (٢/ ٤٥).

(٤) المحلى لابن حزم (٩/ ١٦).

(٥) الأحكام للحافظ عبد الحق (١/ ١٥٥)، كما في الإرواء (٥/ ١٥٠).

(٦) شرح السُّنَّة (٨/ ١٤٢).

ـ ولكن الشيخ الألباني قال في صحيح الجامع الصغير: «صحيح»، الحديث (٦٩٤٣)، مع أنه قال في الإرواء: «وإنما هو حسن فقط؛ لأنَّ محمد بن عمرو فيه كلام يسير في حفظه، وقد روى البخاري عنه مقروناً، ومسلم متابعة»[١].

قال الحافظ ابن حجر في حق محمد بن عمرو اليافعي: «صدوق، له أوهام من التَّاسعة»، ثمَّ أشار إلى أنه روى له مسلم والنسائي[٢].

وقال الحافظ الذهبي: «ذكره ابن حبان في ثقاته. وقال ابن أبي حاتم: سألت أبي، وأبا زُرعة عنه، فقال: هو شيخ لابن وهب، قلت: قد روى له مسلم، وما علمت أحداً ضعَّفه»[٣].

*** وأما حديث عبد الله بن عمر:**

ـ فقال الحافظ الهيثمي: «ورجال أحمد رجال الصحيح»[٤].

وعقب عليه الشيخ الألباني فقال: «لكنه منقطع، فقد قال البوصيري في «الزوائد»: (هذا الإسناد رجاله ثقات غير أنه منقطع. وقال أحمد بن حنبل: لم يسمع يونس بن عبيد عن نافع شيئاً وإنما سمع من ابن نافع عن أبيه)، وقال ابن معين، وأبو حاتم: (لم يسمع من نافع شيئاً)، ثمَّ قال الشيخ الألباني: (نافع أولاده ثلاثة: عمر، وعبد الله، وأبو عمر، كما في «التهذيب»، وعمر ثقة من رجال الشيخين، والثَّاني ضعيف، والثَّالث لم أعرفه، فإن كان الذي روى عنه الأوَّل فالسند صحيح، وإلَّا فلا)[٥].

---

(١) إرواء الغليل (٥/ ١٥٠).
(٢) تقريب التهذيب (٢/ ١٩٦).
(٣) ميزان الاعتدال للحافظ الذهبي، ط دار المعرفة، بيروت (٣/ ٤٧٤ ـ ٤٧٥).
(٤) مجمع الزوائد (٤/ ٨٥).
(٥) إرواء الغليل (٥/ ١٥٠ ـ ١٥١).

* **وأما حديث ابن عمرو:**

ـ فقد أخرجه ابن خزيمة في صحيحه ـ كما سبق ـ مما يعني حكمه عليه بالصحة(١).

الخلاصة:

أنَّ الحديث صحيح، أو حسن، ينهض حجة على المطلوب.

معنى الحديث

تضمن الحديث بمتونه الثلاثة عدَّة كلمات تحتاج إلى الشرح والتوضيح، منها:

أوَّلاً: معنى النهي عن الصفقتين في صفقة واحدة:

الصفقة لغةً: من الصفق، وهو الضرب الذي يُسمع له صوت، ومنه التصفيق، ويقال: صفق بيديه، وتصافقوا؛ أي: تبايعوا، وصفق يده بالبيعة والبيع، وعلى يده صفقاً: ضرب بيده على يده، وذلك عند وجوب البيع، والاسم منها: الصفق، والصّفقيِّ.

ويقال: ربحت صفقتك ـ أي: بيعك وشراؤك ـ وصفقة رابحة، أو خاسرة، وهكذا(٢).

والخلاصة:

أنَّ المراد بالصفقة هي البيعة، يقول ابن منظور: «وإنما قيل للبيعة: الصفقة؛ لأنهم كانوا إذا تبايعوا تصافقوا بالأيدي»(٣) [٧٣٦](هامش)، ثمَّ شاعت في البيع والتجارة مطلقاً، وقد ورد في حديث أبي هريرة:

---

(١) إرواء الغليل (٥/ ١٥١).

(٢) يراجع: لسان العرب، والقاموس المحيط ـ مادة «صفق».

(٣) لسان العرب، ط دار المعارف (٥/ ٢٤٦٤).

«ألهاهم الصفق بالأسواق»[1]؛ أي: ألهاهم التبايع.

والسفقة بالسين لغةً، هي: «الصفقة» طبقاً لقاعدة عامة تقضي بجواز قلب الصاد سيناً كما في ﴿ٱلصِّرَٰطَ ٱلۡمُسۡتَقِيمَ﴾ و﴿السراط ٱلۡمُسۡتَقِيمَ﴾، وفي: «صقبه» و«سقبه».

ومن هنا تبيَّن أنَّ المراد بالصفقتين في صفقة واحدة:

أي: بيعتين في بيعة واحدة. فالصفقة، والسفقة، والبيعة، بمعنى واحد.

إذن بقي أن نفهم المراد من هذه الجملة: حيث ثار فيها خلاف وتفصيل، نذكر ذلك من خلال نصوص الفقهاء.

ولنبدأ بتفسير الصحابة والتابعين ومن بعدهم من الفقهاء:

تفسير الصحابة والتابعين للصفقتين في صفقة واحدة:

*** ما جاء عن الصحابي الجليل ابن مسعود في تفسيره[2]:**

روى عبد الرزاق في مصنفه بسنده عن ابن مسعود قال: «لا تصلح الصفقتان في الصفقة: أن يقول: هو بالنسيئة بكذا وكذا، وبالنقد بكذا وكذا»[3].

وروى عبد الرزاق في مصنفه بسنده عن ابن مسعود قال: «الصفقتان في الصفقة ربا».

قال سفيان: يقول: إن باعه بيعاً فقال: أبيعك هذا بعشرة دنانير، تعطني بها صرف دراهمك.

---

(١) الحديث رواه البخاري في صحيحه ـ مع فتح الباري ـ (٤/ ٣٢١).

(٢) مصنف عبد الرزَّاق (٨/ ١٣٨)، الحديث رقم (١٤٦٣٢، ١٤٦٣٣، ١٤٦٣٦، ١٤٦٣٧، ١٤٦٣٩).

(٣) نفس المصدر السابق.

* **معنى الحديث عند سفيان الثوري**[1]:

روى عبد الرزاق في مصنفه الحديث وقال: قال الثوري: إذا قلت: أبيعك بالنقد إلى كذا، وبالنسيئة بكذا وكذا، فذهب به المشتري، فهو بالخيار في البيعين ما لم يكن وقع بيع على أحدهما، فإن وقع البيع هكذا فهذا مكروه، وهو بيعتان في بيعة، وهو مردود، وهو الذي ينهى عنه، فإن وجدت متاعك بعينه أخذته، وإن كان قد استهلك فلك أوكس الثمنين وأبعد الأجلين.

وروى عبد الرزاق: قال الثوري في رجل سلف رجلاً مئة دينار في شيء، فلما ذهب ليزن له الدنانير، قال: أعطني بها دراهم أو عرضاً، قال: هو مكروه؛ لأنه بيعتان في بيعة.

* **معناه عند مسروق**[2]:

روى عبد الرزاق في مصنفه عن مسروق في رجل قال: أبيعك هذا البز بكذا وكذا ديناراً، تعطني الدينار من عشرة دراهم، قال مسروق: قال عبد الله: لا تحل الصفقتان في الصفقة.

* **معناه عند سماك:**

روى الإمام أحمد بسنده عن سماك عن عبد الرحمٰن بن عبد الله بن مسعود، عن أبيه قال: «نهى ﷺ عن صفقتين في صفقة».

قال سماك: هو الرجل يبيع البيع فيقول هو بنسأ بكذا، وهو بنقد بكذا وكذا»[3].

وهذا التفسير رواه ابن نصر أيضاً في السُّنَّة (ص٥٤)، ورواه عنه عبد الرزاق في المصنف بسند صحيح[4].

---

(١) نفس المصدر السابق.

(٢) نفس المصدر السابق.

(٣) مسند أحمد (١/ ٣٩٣، ٣٩٨).

(٤) مصنف عبد الرزاق (٨/ ١٣٨)، الحديث (١٤٦٢٩).

* تفسير عبد الوهاب بن عطاء[1]:

روى البيهقي بسنده عن عبد الوهاب بن عطاء، أنا محمد بن عمرو عن أبي سلمة، عن أبي هريرة: «أنَّ النبي ﷺ نهى عن بيعتين في بيعة».

وفي رواية يحيى قال عبد الوهَّاب: يعني يقول: هو لك بنقد بعشرة، وبنسيئة بعشرين».

* معناه عند أبي سليمان[2]:

قال الشيخ ـ رحمه الله ـ قرأت في كتاب أبي سليمان في تفسير هذا الحديث يشبه أن يكون ذلك حكومة في شيء بعينه كأنه أسلف ديناراً في قفيز بر إلى شهر، فلما حلَّ الأجل وطالبه بالبر قال له: بعني القفيز الذي لك بقفيزين إلى شهرين، فهذا بيع ثان، قد دخل على البيع الأوَّل فصار بيعتين في بيعة فيردان إلى أوكسهما، وهو الأصل، فإن تبايعا البيع الثَّاني قبل أن يتناقضا البيع الأوَّل كانا مربين.

* تفسير أبي عبيد[3]:

قال أبو عبيد: «ومعنى «صفقتان في صفقة»: أن يقول الرجل للرجل: أبيعك هذا نقداً بكذا، ونسيئة بكذا، ويفترقان عليه.

* تفسير ابن سيرين له[4]:

روى عبد الرزاق في مصنفه بسند صحيح عن أيوب، عن ابن سيرين، أنه كان يكره أن يقول: أبيعك بعشرة دنانير نقداً، أو بخمسة عشر إلى أجل، وما كره ذلك إلَّا لأنه نهى عنه.

---

(١) السنن الكبرى للبيهقي (٥/ ٣٤٣).

(٢) السنن الكبرى للبيهقي (٥/ ٣٤٣).

(٣) نصب الراية (٤/ ٢٠).

(٤) مصنف عبد الرزاق (٨/ ١٣٧) حديث رقم (١٤٦٢٩).

* **تفسير طاوس له:**

روى عبد الرزاق بسند صحيح عن طاوس قال:

إذا قال: هو بكذا وكذا إلى كذا وكذا، وبكذا وكذا إلى كذا وكذا، فوقع البيع على هذا فهو بأقل الثمنين إلى أبعد الأجلين[1].

ورواه أيضاً عبد الرزاق وابن أبي شيبة[2] في مصنفه عن طريق ليث، عن طاوس مختصراً، دون قوله: «فوقع البيع»، ولكنه مع زيادة: «فباعه على أحدهما قبل أن يفارقه، فلا بأس به». غير أنَّ الشيخ الألباني قال: «فهذا لا يصح عن طاوس؛ لأنَّ ليثاً ـ وهو ابن أبي سليم ـ كان اختلط»[3].

* **تفسير الأوزاعي له[4]:**

فقد ذكر الخطابي في معالم السنن أنه قيل للأوزاعي: فإن ذهب بالسلعة على ذينك الشرطين؟ فقال: هي بأقل الثمنين إلى أبعد الأجلين».

* **تفسير النسائي له[5]:**

حيث قال تحت باب بيعتين في بيعة: وهو أن يقول: أبيعك هذه السلعة بمئة درهم نقداً، وبمائتي درهم نسيئة».

* **تفسير ابن حبان له[6]:**

قال في صحيحه: «ذكر الزَّجْرُ عن بيع الشيء بمئة دينار نسيئة، وبتسعين ديناراً نقداً»، ذكر ذلك تحت حديث أبي هريرة.

---

(١) مصنف عبد الرزاق، حديث رقم (١٤٦٣١) (٨/ ١٣٧)، وحديث رقم (١٤٦٢٦).

(٢) مصنف ابن أبي شيبة (٦/ ١٢٠).

(٣) سلسلة الأحاديث الصحيحة (٥/ ٤٢٠).

(٤) معالم السنن (٥/ ٩٩).

(٥) سنن النسائي (٧/ ٢٩٥).

(٦) الإحسان لابن حبان (٧/ ٢٢٥).

ثانياً: معنى النهي عن بيعتين في بيعة، أو بيعتين في بيع:

فالبيع معروف، وهو: مقابلة المال بمال عن تراض، والتاء في «البيعة» للوحدة، والمقصود بذلك هو النهي عن صفقتين في صفقة واحدة، حيث المؤدَّى واحد، كما سبق.

وقد فسَّر العلماء هذا الحديث بنفس المعنى الذي فسَّروا به حديث النهي عن صفقتين في صفقة واحدة:

* **فالإمام النسائي**[(١)]:

حينما ترجم: باب بيعتين في بيعة قال: «وهو أن يقول: أبيعك هذه السلعة بمائة درهم نقداً وبمائتي درهم نسيئة».

وكذلك فعل الإمام مالك[(٢)] حيث ترجم: «باب النهي عن بيعتين في بيعة، فذكر بلاغاً أنَّ رسول الله ﷺ نهى عن بيعتين في بيعة».

* **ثمَّ جاء في الموطأ**[(٣)]:

وحدثني عن مالك، أنه بلغه أنَّ رجلاً قال لرجل: ابتع لي هذا البعير بنقد، حتى ابتاعه منك إلى أجل، فسئل عن ذلك عبد الله بن عمرو: فكرهه ونهى عنه.

وحدَّثني مالك، أنه بلغه أنَّ القاسم بن محمد سُئِل عن رجل اشترى سلعة بعشرة دنانير نقداً، أو بخمسة عشر ديناراً إلى أجل، فكره ونهى عنه.

قال مالك في رجل ابتاع سلعة من رجل بعشرة دنانير نقداً، أو بخمسة عشر ديناراً إلى أجل، قد وجبت للمشتري بأحد الثمنين: أنه لا ينبغي ذلك لأنه إن أخَّر العشرة كانت خمسة عشر إلى أجل، وإن نقد العشرة كان إنما اشترى بها الخمسة عشر التي إلى أجل.

---

(١) سنن النسائي (٧/ ٢٩٥).

(٢) موطأ الإمام مالك (ص٤١١ ـ ٤١٢).

(٣) موطأ الإمام مالك (ص٤١١ ـ ٤١٢).

قال مالك في رجل قال لرجل: أشتري منك هذه العجوة خمسة عشر صاعاً، أو الصَّيْحانيّ ـ نوع من التمر ـ عشرة أصوع، أو الحنطة المحمولة خمسة عشر صاعاً، أو الشامية عشرة أصوع بدينار قد وجبت لي إحداهما: إنَّ ذلك مكروه لا يحل، وذلك أنه قد أوجب له عشرة أصوع صيْحانيًّا، فهو يدعها ويأخذ خمسة عشر صاعاً من العجوة، أو تجب عليه خمسة عشر صاعاً من الحنطة المحمولة، فيدعها ويأخذ عشرة أصوع من الشامية، فهذا أيضاً مكروه لا يحل، وهو أيضاً يشبه ما نهى عنه من بيعتين في بيعة، وهو أيضاً مما نهى عنه أن يباع من صنف واحد من الطعام، اثنان بواحد[١].

*** تفسير بعض أهل العلم حسب تعبير الترمذي، حيث قال[٢]:**

وقد فسَّر بعض أهل العلم، قالوا: بيعتين في بيعة أن يقول: أبيعك هذا الثوب بنقد بعشرة وبنسيئة بعشرين، ولا يفارقه على أحد البيعتين، فإذا فارقه على أحدهما فلا بأس إذا كان العقد على واحد منهما.

*** وجاء في تحفة الأحوذي في ذلك[٣]:**

قال في شرح السُّنَّة بعد ذكر هذا التفسير: «هو فاسد عند أكثر أهل العلم؛ لأنه لا يدري أيهما جعل الثمن».

وقال في النيل: «والعلَّة في تحريم بيعتين في بيعة عدم استقرار الثمن في صورة بيع الشيء الواحد بثمنين».

«فإذا فارقه...» بأن قال البائع: أبيعك هذا الثوب بنقد بعشرة وبنسيئة بعشرين. فقال المشتري: اشتريته بنقد بعشرة ثمَّ نقد عشرة دراهم. فقد صحَّ البيع.

---

(١) موطأ الإمام مالك (ص٤١١ ـ ٤١٢).
(٢) تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي (٤/ ٤٢٧ ـ ٤٢٨).
(٣) تحفة الأحوذي (٤/٤٢٨).

وكذلك إذا قال المشتري: اشتريته بنسيئة بعشرين، وفارقه على واحد معين منهم.

وهذا التفسير قد رواه الإمام أحمد في روايته عن سماك، ففي المنتقى عن سماك، عن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود، عن أبيه قال: «نهى ﷺ عن صفقتين في صفقة: قال سماك: هو الرجل يبيع البيع فيقول هو بنسأ بكذا، وبنقد بكذا وكذا».

*** وقال الشوكاني في نيل الأوطار[1]:**

«من باع بيعتين في بيعة فسَّره سماك بما رواه المصنف، يعني صاحب المنتقى عن أحمد عنه، وقد وافقه على مثل ذلك الشافعي فقال: بأن يقول بعتك بألف نقداً أو ألفين إلى سنة، فخذ أيهما شئت أنت وشئت أنا».

ونقل ابن الرفعة عن القاضي: أنَّ المسألة مفروضة على أنه قبل على الإبهام، أما لو قال: قبلت بألف نقداً أو بألفين بالنسيئة صحَّ ذلك.

*** قال الشافعي[2]:**

ومن معنى ما نهى النبي ﷺ عن بيعتين في بيعة أن يقول: «أبيعك داري هذه بكذا على أن تبيعني غلامك بكذا، فإذا وجب لي غلامك وجبت لك داري، وهذا تفارُقٌ عن بيع بغير ثمن معلوم، ولا يدري كل واحد منهما على ما وقعت عليه صفقته».

*** وجاء في تحفة الأحوذي في ذلك[3]:**

قال في المرقاة بعد ذكر هذا التفسير: هذا أيضاً فاسد لأنه بيع وشرط،

---

(١) نيل الأوطار (٦/ ٢٨٦ ـ ٢٨٧).
(٢) جامع الترمذي مع تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي (٤/ ٤٢٧).
(٣) تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي (٤/ ٤٢٨).

ولأنه يؤدي إلى جهالة الثمن؛ لأنَّ الوفاء بيع الجارية لا يجب، وقد جعله من الثمن وليس له قيمة فهو شرط لا يلزم، وإذا لم يلزم ذلك بطل بعض الثمن فيصير ما بقي من المبيع في مقابلة الثَّاني مجهولاً.

وقال في النيل: «والعلَّة في تحريم هذه الصورة التعليق بالشرط المستقبل.

واعلم أنه قد فسَّر البيعتان في بيعة بتفسير آخر، وهو أن يسلفه ديناراً في قفيز حنطة إلى شهر، فلما حلَّ الأجل وطالبه بالحنطة قال: بعني القفيز الذي لك عليّ إلى شهرين بقفيزين، فصار ذلك بيعتين في بيعة؛ لأنَّ البيع الثَّاني قد دخل على الأوَّل فيرد إلى أوكسهما وهو الأوَّل. كذا في شرح السنن لابن رسلان، فقد فسَّر حديث أبي هريرة المذكور بلفظ: نهى رسول الله ﷺ عن بيعتين في بيعة، بثلاثة تفاسير فاحفظها.

ثمَّ اعلم أنَّ لحديث أبي هريرة هنا رواية أخرى رواها أبو داود في سننه بلفظ: «من باع بيعتين في بيعة فله أوكسهما أو الربا».

قال الشوكاني في شرح هذه الرواية ما لفظه: قوله «فله أوكسهما» أي: أنقصهما.

وقال الخطابي: لا أعلم أحداً قال بظاهر الحديث وصحَّح البيع بأوكس الثمنين إلَّا ما حكي عن الأوزاعي، وهو مذهب فاسد[1].

قال الشوكاني في شرح رواية: «... فله أوكسهما أو الربا»:

ولا يخفى أنَّ ما قاله هو ظاهر الحديث؛ لأنَّ الحكم له بالأوكس يستلزم صحَّة البيع به. ومعنى قوله: «أو الربا»: يعني أن يكون قد دخل هو وصاحبه في الربا المحرم إذا لم يأخذ بالأوكس بل أخذ بالأكثر. قال: وذلك ظاهر في التفسير الذي ذكره ابن رسلان.

---

(١) تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي (٤/ ٤٢٨).

وأما في التفسير الذي ذكره أحمد عن سماك وذكره الشافعي ففيه متمسك لمن قال: يحرم بيع الشيء بأكثر من سعر يومه بالنَّساء. وقد ذهب إلى ذلك زين العابدين علي بن الحسين والناصر والمنصور بالله والهادوية والإمام يحيى.

وقالت الشافعية والحنفية وزيد بن علي والمؤيد بالله والجمهور: إنه يجوز لعموم الأدلة القاضية بجوازه، وهو الظاهر؛ لأنَّ ذلك المتمسك هو الرواية الأولى من حديث أبي هريرة، يعني التي رواها أبو داود، وقد ذكرنا لفظها آنفاً، وقد عرفت ما في راويها من المقال، ومع ذلك المشهور عنه اللفظ الذي رواه غيره، وهو النهي عن بيعتين في بيعة ولا حجة على المطلوب.

ولو سلمنا أنَّ تلك الرواية التي تفرَّد بها ذلك الراوي صالحة للاحتجاج لكان احتمالها لتفسير خارج عن محل النزاع ـ كما سلف عن ابن رسلان ـ قادحاً في الاستدلال بها على المتنازع فيه، على أنَّ غاية ما فيها الدلالة على المنع من البيع إذا وقع على الصورة، وهي أن يقول نقداً بكذا ونسيئة بكذا، لا إذا قال من أول الأمر نسيئة بكذا فقط، وكان أكثر من سعر يومه مع أن المتمسِّكين بهذه الرواية يمنعون من هذه الصورة، ولا يدل الحديث على ذلك، فالدليل أخص من الدعوى.

قال: وقد جمعنا رسالة في هذه المسألة وسمَّيناها شفاء العلل في حكم زيادة الثمن لمجرَّد الأجل وحققناها تحقيقاً لم نسبق إليه»[1].

---

(١) نيل الأوطار للشوكاني (٦/ ٢٨٧ ـ ٢٨٨)، وقد نقلنا كل ما قال حول الحديث لأهميته، ولأنه يتضمَّن خلاصة لمعظم ما قاله السابقون حول هذا الموضوع، ولم نطلع على رسالته المنوَّه بها.

والخلاصة:

ويتلخَّص ما ذكرناه أنَّ جمهور العلماء فسَّروا الصفقتين في صفقة واحدة، والبيعتين في بيعة واحدة بأنَّ المراد هو أن تتضمن الصفقة الواحدة سعرين (ثمنين) للمبيع، سعراً زائداً لبيعه أجلاً، وسعراً أقل لبيعه عاجلاً، وقيد ذلك بأن يكون في صفقة واحدة، أما إذا وجدت المساومة على ذلك، ثمَّ يتفقان على أحدهما فلا بأس، قال الترمذي: «وقد فسَّر بعض أهل العلم، قالوا: بيعتين في بيعة أن يقول: أبيعك هذا الثوب بنقد بعشرة، وبنسيئة بعشرين، ولا يفارقه على أحد البيعين، فإذا فارقه على أحدهما فلا بأس إذا كانت العقدة على واحد منهما»[١].

ثالثاً: معنى النهي عن شرطين في بيع:

يظهر مما قاله معظم رواة الحديث، والفقهاء أنَّ المراد به هو نفس معنى النهي عن بيعتين في بيعة واحدة، ولذلك ورد في ألفاظ الحديث: «نهى رسول الله ﷺ عن بيعتين في بيعة» من حديث عبد الله بن عمرو، أخرجه ابن خزيمة، والبيهقي، وأحمد. ورواه غيرهم بنفس السند بلفظ: «ولا شرطان في بيع».

يقول الشيخ الألباني: «ويظهر أنَّ اللفظين بمعنى واحد إذ رواه بعض الرواة عن عمرو بن شعيب بهذا، وبعضهم بهذا»[٢].

ويؤيِّد ذلك أنَّ ابن قتيبة في «غريب الحديث» فسَّر «النهي عن الشرطين في بيع» بنفس معنى النهي عن بيعتين في بيعة فقال: ومن البيوع المنهي عنها. . . شرطان في بيع، وهو أن يشتري الرجل السلعة إلى شهرين بدينارين، وإلى ثلاثة أشهر بثلاثة دنانير، وهو بمعنى: «بيعتين في بيعة»[٣]،

---

(١) جامع الترمذي ـ مع تحفة الأحوذي ـ (٤/ ٤٢٧).

(٢) إرواء الغليل (٥/ ١٥١)، وصحيح الجامع الصغير (٧/ ١١٦) الحديث (٦٩٤٣).

(٣) غريب الحديث (١/ ١٨).

قال الألباني: «وقد مضى قريباً تفسيره بما ذكرناه عن سماك، وكذلك فسَّره عبد الوهاب بن عطاء فقال: «يعني يقول: هو لك بنقد بعشرة، وبنسيئة بعشرين»[1].

حيث تدل النصوص الكثيرة على أنَّ مجرَّد اجتماع شرطين جائزين في عقد واحد لا يضر بالعقد ـ كما سيأتي ـ.

رابعاً: معنى النهي عن بيع وسلف:

قال إسحاق بن منصور: قلت لأحمد: ما معنى: نهى عن سلف وبيع؟ قال: أن يكون يقرضه قرضاً ثمَّ يبايعه بيعاً يزداد عليه، ويحتمل أن يكون يسلف عليه في شيء فيقول: إن لم يتهيَّأ عندك فهو بيع عليك[2].

وعلى ضوء التفسير الأوَّل: يكون المراد بالحديث النهي عن التحايل على الربا، بحيث يصل المقرض إلى الزيادة من خلال بيع يضمه إلى القرض فيأخذ زيادة في القيمة في مقابل القرض، وكذلك فهو داخل في قرض جرّ منفعة واضحة.

وعلى التفسير الثَّاني: يكون العقد معلَّقاً بين البيع والقرض حيث يسلف إليه في شيء؛ يعني يقرضه دراهم، أو دنانير، وأخذ منه شيئاً، فيقول: إن لم يتهيَّأ عندك، ولم يتيسَّر لك رد الدراهم أو الدنانير فهو بيع عليك. يعني فذلك الشيء الذي أخذت منك يكون مبيعاً منك بعوض تلك الدراهم، أو الدنانير[3].

قال البغوي: «المراد بالسلف هنا القرض، قال أحمد: هو أن يقرضه

---

(١) إرواء الغليل (٥/ ١٥١).
(٢) جامع الترمذي مع تحفة الأحوذي (٤/ ٤٣٢).
(٣) تحفة الأحوذي (٤/ ٤٣٢).

قرضاً، ثمَّ يبايعه عليه بيعاً يزداد عليه، وهو فاسد؛ لأنه إنما يقرضه على أن يحابيه في الثمن، وقد يكون السلف بمعنى السلم، وذلك مثل أن يقول: أبيعك عبدي هذا بألف على أن تسلفني مائة في كذا وكذا، أو يسلم إليه في شيء، ويقول: إن لم يتهيَّأ المسلَم فيه عندك فهو بيع لك»[1].

قال الشوكاني: «وفي كتب جماعة من أهل البيت ـ عليهم السَّلام ـ أنَّ السلف والبيع صورته: أن يريد الشخص أن يشتري السلعة بأكثر من ثمنها لأجل النَّساء، وعنده أنَّ ذلك لا يجوز، فيحتال، فيستقرض الثمن من البائع ليعجله إليه صلة. والأولى: تفسير الحديث بما تقتضيه الحقيقة الشرعية، أو اللغوية، أو العرفية، أو المجاز عند تعذُّر الحمل على الحقيقة، لا بما هو معروف في بعض المذاهب غير معروف في غيره»[2].

المعنى الراجح:

يظهر من هذه التفسيرات أنَّ التفسير الحريَّ بالقَبول والترجيح هو أنَّ الحديث يدل على النهي عن الجمع بين سلف وبيع سواء أكان على صورة شرط مثل أن يقول: أبيعك هذه الدار على أن تسلفني كذا، أو أسلفك كذا على أن تبيعني كذا، أم كان على غير شرط، كأن تتضمَّن الصفقة الواحدة عقد البيع، والقرض أو السلم، وأنَّ العلَّة في ذلك هو الوقوع في الربا، واستغلال عقد القرض أو السلم للوصول إلى زيادة لم تكن تتحقَّق لولاه، فالحديث ظاهر وواضح في دلالته على هذا المعنى، حيث استعمل لفظ الواو الدالَّة على مطلق الجمع، والله أعلم.

---

(١) نيل الأوطار (٦/ ٣٢٤).

(٢) المصدر السابق (٦/ ٣٢٤ ـ ٣٢٥)، ويراجع: سبل السَّلام شرح بلوغ المرام، دار الجيل (٣/ ٨١٠).

فقه هذه الأحاديث

نتطرَّق من خلال ذلك إلى المراد بالنهي الوارد في هذه الأحاديث أوَّلاً، ثمَّ إلى الأحكام المأخوذة منها ثانياً، ثمَّ ما لا يدخل فيه مما له شبهة تخييل بالدخول ثالثاً.

أوَّلاً: ورد الحديث الأوَّل بلفظ «نهى»، وكذلك في الحديث الثَّالث، في حين ورد الحديث الثَّاني بلفظ: «لا يحل»، كما أنَّ الحديث الثَّالث ورد في بعض رواياته وطرقه بلفظ: «لا يجوز». وهذا إن دلَّ على شيء فإنما يدل على أنَّ النهي هنا للتحريم ما دام قد أكَّد ذلك بلفظ: «لا يحل»، أو: «لا يجوز»، فالنهي وإن كان فيه خلاف كبير في أنه هل هو حقيقة في التحريم، أو في الكراهة، أو في التهديد؟

لكنه هنا حقيقة في التحريم لوجود القرائن الدالَّة عليه[1].

ولكنه هنا يثور السؤال المعروف، وهو: هل هذا النهي يقتضي الفساد والبطلان أم لا؟

فذهب الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية والإباضية إلى أنَّ النهي يقتضي فساد المنهي عنه ما دام النهي لذات المنهي عنه كالنهي عن بيع الملاقيح والميتة، أو لوصف لازم كالنهي عن بيع درهم بدرهمين.

وأما النهي عن الشيء لوصف غير لازم، كالنهي عن البيع وقت أذان الجمعة فلا يوجب فساده إلَّا عند الحنابلة والظاهرية والإباضية.

وذهب الحنفية إلى أنَّ النهي عند عدم وجود قرينة دالَّة على أنَّ النهي لمعنى في ذات المنهي عنه أو لغيره لا يدل على أنَّ المنهي عنه غير مشروع،

---

(١) يراجع في تفصيل ذلك: الأحكام للآمدي (٢/ ٤٧)، وشرح الكوكب المنير (٢/ ٧٧ ـ ٨٣)، والمحصول (٢/ ٤٦٩)، والمستصفى (١/ ٤١٨).

بل ينسحب على معنى لغيره فيكون الأصل مشروعاً والفساد في الوصف فقط[1].

والبحث وإن كان لا يسع لإثراء هذا الموضوع، لكن الذي يظهر رجحانه هو قول الجمهور.

فعلى ضوء ذلك، فالذي يظهر لنا أنَّ النهي في هذه الأحاديث ليس لذات المنهي عنه، وإنما لوصف لازم فيكون حكمه البطلان والفساد عند الجمهور، وعلى فساد الوصف عند الحنفية، ومن المعلوم أنَّ الحنفية فرَّقوا بين الفاسد والباطل ورتَّبوا على ذلك عدَّة آثار، منها أنَّ الباطل لا يترتَّب عليه أثر شرعي في حين أنَّ العقد الفاسد يترتَّب عليه بعض الأحكام عندما يتم القبض[2].

الأحكام المستفادة:

*** الحكم الأوَّل: تحريم، وبطلان ـ أو فساد ـ صفقتين في صفقة واحدة، وبيعتين في بيعة واحدة، وشرطين في بيع.**

وقد برهنّا على أنَّ المراد بهذه الألفاظ الثلاثة شيء واحد، وأنها مترادفة من حيث المعنى والمؤدَّى والمقصود.

وقد ذكرنا عند تفسير هذه النصوص أنَّ المعنى الرَّاجح هو:

---

(١) يراجع لتفصيل ذلك: المستصفى (٢/ ٢٤)، وفواتح الرحموت بهامش المستصفى (١/ ٣٩٦ ـ ٤٠٥)، والتلويح (١/ ٤١٤)، وتيسير التحرير (١/ ٣٧٦)، والبرهان لإمام الحرمين (١/ ٢٨٣)، والمنهاج مع شَرْحَيْه للإسنوي والبدخشي (١/ ٥٨)، والإبهاج لابن السبكي (٢/ ٦٧)، والإحكام للآمدي (٢/ ٢٤٨)، والمحلَّى لابن حزم (٩/ ٤١٨)، وشرح النيل لابن أطفيش (١/ ٥٠٦).

(٢) يراجع للتفصيل في ذلك: مبدأ الرضا في العقود ـ دراسة مقارنة، ط دار البشائر (١/ ١٥١).

الذي ذكره الصحابي الجليل ابن مسعود، وتفسيره بالتأكيد أولى من تفسير غيره، ولا سيَّما أنه قد روي عنه هذا الحديث مرفوعاً وموقوفاً؛ لأنَّ راوي الحديث أولى بفهمه من غيره، كما أنَّ تفسير سماك أيضاً يتَّفق معه، وسماك هو تابعي معروف أدرك ثمانين صحابيًّا، فتفسيره للحديث ينبغي أن يقدم عند التعارض، ولا سيما وهو أحد رواة هذا الحديث، «لأنَّ الراوي أدرى بمرويه من غيره؛ لأنَّ المفروض أنه تلقى الرواية من الذي رواها عنه مقروناً بالفهم لمعناها، فكيف وقد وافقه على ذلك جمع من علماء السلف وفقهائهم» منهم الثوري، ومسروق، وأبو سليمان، وابن سيرين، وطاوس، والأوزاعي، والإمام النسائي، وابن حبان، وابن الأثير، وأبو عبيد، وغيرهم، وهذا التفسير هو أنَّ المراد بالصفقتين أن يبيع الإنْسان شيئاً فيقول: «بعته لك بنقد كذا، وبنسيئة كذا»[1].

ويقول الخطابي: «ثم جرى على سنتهم أئمة الحديث واللغة»، ثمَّ ذكر عدداً منهم: «الإمام النَّسائي، وابن حبان، وابن الأثير»[2].

وهذا هو نفسه المراد من البيعتين أو البيعين في بيعة، أو بيع، وكذلك المراد بالشرطين في عقد واحد، كما فسَّره الأوزاعي حيث قيل له: فإن ذهب بالسلعة على ذينك الشرطين؟ فقال: هي بأقل الثمنين إلى أبعد الأجلين»[3]، وكذلك فسَّره النَّسائي وغيره.

فالمقصود: «أنَّ ألفاظ الصفقتين في صفقة واحدة والبيعتين في بيعة واحدة، أو البيعين في بيع واحد، والشرطين في بيع مترادفة بمعنى واحد وإن كانت التعبيرات مختلفة، وهي أن يتضمَّن العقد الواحد ثمنين لمبيع واحد ثمن خاص به عند التأجيل، وثمن آخر له عند التعجيل،

---

(١) سلسلة الأحاديث الصحيحة للشيخ الألباني (٥/ ٢١).
(٢) معالم السنن (٥/ ٩٩).
(٣) المصدر السابق نفسه.

وهذا هو رأي الجمهور: الذي يظهر رجحانه بوضوح، ولكنه لا مانع من شموله للصورة التي ذكرها الإمام الشافعي وغيره، وهي: أن يقول: هذا العبد بألف على أن تبيعني دارك بكذا؛ أي: إذا وجب لك عندي وجب لي عندك»[1].

فعلى ضوء ذلك: فالمحرم المنصوص عليه هو تلك الصورة السابقة، وهل يقاس عليها أشباهها؟

لا شكَّ أنَّ الأصل في المعاملات هو أنها معقولة المعاني، ولذلك إذا عرفنا السبب والعلة وراء هذا النهي فإنَّ القياس فيها وارد مستساغ.

*** العلَّة في تحريم وبطلان صفقتين في صفقة واحدة:**

قال الشوكاني: «والعلَّة في تحريم بيعتين في بيعة: عدم استقرار الثمن في صورة بيع الشيء الواحد بثمنين، والتعليق بالشرط المستقبل في صورة بيع هذا على أن يبيع منه ذاك»[2].

والتحقيق: أنَّ العلَّة (السبب) مرتبطة بمعنى الحديث، فإذا فسَّرنا الحديث بالمعنى الراجح المشهور الذي سار عليه معظم الرواة والعلماء وهو أن يتضمَّن العقد الواحد بيع شيء بثمنين بأن يقول: بعتك بألفين نسيئة، وبألف نقداً فأيهما شئت أخذت به، فعلى ضوء هذا التفسير الراجح تكون العلة هي ما ذكره الشوكاني وغيره من عدم استقرار الثمن، ولزوم الربا.

وأما على المعنى الثَّاني: وهو أن يقول: «بعتك داري على أن تبيعني فرسك...»، فتكون العلَّة هي التعليق بشرط مستقبل يحتمل وقوعه وعدم وقوعه فلم يستقرّ الملك.

فعلى ضوء ذلك: فكل بيع، أو عقد يكون فيه الثمن على احتمال وخطر التحقيق وعدمه لا يجوز.

---

(١) معالم السنن (٥/ ٩٩).

(٢) نيل الأوطار (٦/ ٢٨٨)، وسبل السَّلام (٣/ ٨٠٩).

فيلحق به كل عقد يتردد بين شيئين كثمنين، أو سلعتين في البيع، أو أجرتين، أو فساد مستأجرين، أو نحو ذلك.

ويمكننا القول: بأنَّ العلَّة في ذلك تتلخَّص في الغرر والجهالة.

*** الحكم الثَّاني:** حرمة **بطلان ـ أو فساد ـ اجتماع سلف وبيع في عقد واحد.**

وإذا كان المراد به هو نفس المعنى الذي فسر به اجتماع صفقتين في صفقة واحدة فإنَّ الأمر واضح، أما إذا كان المراد به أن يجتمع في العقد الواحد القرض مع البيع فإنَّ العلَّة في ذلك هو الخوف من الربا، حيث يحابي في ثمن المبيع لأجل القرض، وحينئذ يتأكَّد هذا المعنى بالقاعدة الفقهية القائمة على الأثر، وهي «أنَّ كل قرض جرَّ منفعة مشروطة فهو ربا»[1].

ما يلحق به: يلحق بهذا كل عقد يجمع بين قرض، ومعاوضة، كإجارة ونحوها. وكذلك يلحق بالقرض كل تبرع مع معاوضة.

وقد ذكر شيخ الإسلام ابن تيمية[2]: أنَّ بعض العلماء احتالوا في الجمع بين الإجارة والمحاباة في المساقاة، حيث قال: «إنَّ الكوفيين احتالوا على الجواز: تارة بأن يؤجر الأرض فقط، ويبيعه ثمر الشجر. . .، وتارة بأن يكريه الأرض بجميع الأجرة، ويساقيه على الشجر بالمحاباة مثل أن يساقيه على جزء من ألف جزء من الثمرة للمالك. . . فقد اضطروا في هذه المعاملة إلى أن تسمَّى الأجرة في مقابلة منفعة الأرض، ويتبرَّع له إما بإعراء الشجر، وإما بالمحاباة في مساقاتها».

يقول شيخ الإسلام تعليقاً على هذه الحيلة مستنداً في إبطالها على حديث الباب فقال: والمنع من هذه الحيل هو الصحيح قطعاً: لِمَا روى عبد الله بن عمر أنَّ النبي ﷺ قال: «**لا يحل سلف وبيع. . .**».

---

(١) انظر لما يدل على ذلك: صحيح البخاري مع فتح الباري (٧/ ٢٩).
(٢) مجموع الفتاوى (٢٩/ ٦١ ـ ٦٢).

فنهى ﷺ عن أن يجمع بين سلف وبيع، فإذا جمع بين سلف وإجارة فهو جمع بين سلف وبيع أو مثله. وكل تبرُّع يجمعه إلى البيع والإجارة، مثل: الهبة، والعارية، والعرية، والمحاباة في المساقاة والمزارعة وغير ذلك: هي مثل القرض.

فجماع معنى الحديث:

أن لا يجمع بين معاوضة وتبرُّع؛ لأنَّ ذلك التبرُّع إنما كان لأجل المعاوضة، لا تبرُّعاً مطلقاً. فيصير جزءًا من العوض، فإذا اتفقا على أنه ليس بعوض جمعا بين أمرين متنافيين، فإن من أقرض رجلاً ألف درهم، وباعه سلعة تساوي خمسمائة بألف: لم يرض بالإقراض إلَّا الثمن الزائد للسلعة، والمشتري لم يرض ببذل ذلك الثمن الزائد إلَّا لأجل الألف التي اقترضها. فلا هذا باع بيعاً بألف، ولا هذا أقرض قرضاً محضاً، بل الحقيقة أنه أعطاه السلعة بالألف والسلعة بألفين، فهي مسألة «مد عجوة»، فإذا كان المقصود أخذ ألف بأكثر من ألف: حرام بلا تردُّد، وإلَّا خرج على الخلاف المعروف. وهكذا من اكترى الأرض التي تساوي مائة ألف وأغراه الشجر، أو رضي من ثمرها بجزء من ألف جزء، فمعلوم بالاضطرار: أنه إنما تبرَّع بالثمرة لأجل الألف التي أخذها، وإنَّ المستأجر إنَّما بذل الألف لأجل الثمرة، فالثمرة هي جل المقصود المعقود عليه أو بعضه فليست الحيلة إلَّا ضرباً من اللعب والإفساد، وإلَّا فالمقصود المعقود عليه ظاهر.

والذين لا يحتالون، أو يحتالون وقد ظهر لهم فساد هذه الحيلة، هم بين أمرين: إما أن يفعلوا ذلك للحاجة، ويعتقدوا أنهم فاعلون للمحرم، كما رأينا عليه أكثر الناس. وإما أن يتركوا ذلك ويتركوا تناول الثمار الداخلة في هذه المعاملة فيدخل عليهم الضرر...»[1].

---

(١) مجموع الفتاوى (٢٩/ ٦٢ ـ ٦٣).

تفسير فقهاء المذاهب لهذه الأحاديث
مع تطبيقاتها الفقهية في نظرهم

أولى الفقهاء عناية كبيرة بهذه المسألة، حتى أفرط بعضهم في توسيع دائرتها فحكم ببطلان كل عقد يتضمَّن صفقتين، أو عقدين، حتى شرطين، ولم ينظروا إلى مدلول النص ومقاصده وما نزل فيه. في حين ذهب المحققون من العلماء إلى تنزيل هذه النصوص في منازلها دون إفراط ولا تفريط. ونحن نذكر معظم المسائل التي أدخلوها في هذه الأحاديث وهي في حقيقتها غير داخلة فيها.

لذلك سنذكر هنا تفسير فقهاء المذاهب، وبالأخص المذاهب الأربعة لهذه الأحاديث، ثمَّ ما ذكروه من تطبيقات لها:

أوَّلاً: تفسيرهم لها وموقفهم منها:

(أ) **الحنفية**: ذكر العلَّامة المرغيناني عدَّة مسائل، فقال: «ومن باع عبداً على أن يعتقه المشتري، أو يدبره... فالبيع فاسد؛ لأنَّ هذا بيع وشرط، وقد نهى النبي ﷺ عن بيع وشرط... وكذلك لو باع عبداً على أن يستخدمه البائع شهراً، أو داراً على أن يسكنها، أو على أن يقرضه المشتري درهماً، أو على أن يهدي له هدية؛ لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين، ولأنه ـ عليه الصَّلاة والسَّلام ـ نهى عن بيع وسلف، ولأنه لو كان في الخدمة والسكن يقابلهما شيء من الثمن يكون إجارة في بيع، ولو كان لا يقابلها يكون إعارة في بيع، وقد نهى النبي ـ عليه الصَّلاة والسَّلام ـ عن صفقتين في صفقة»[1].

وقد شرح العلَّامة ابن الهمام الحنفي هذين الحديثين، فقال: «ومعنى السلف في البيع: البيع شرط أن يقرضه دراهم، وهو فرد من البيع الذي شرط فيه منفعة لأحد المتعاقدين وغير ذلك»[2].

---

(١) الهداية مع فتح القدير، وشرح العناية، ط مصطفى الحلبي (٦/ ١٤١ ـ ٤٤٦).
(٢) فتح القدير (٦/ ٤٤٦ ـ ٤٤٧).

وقال معلقاً على كلام المرغيناني السابق: «فيتناول ـ أي: حديث النهي عن صفقتين... ـ الاعتبارين المذكورين... وأما معناه، ففسَّره المصنِّف ـ أي: المرغيناني ـ بما سمعت. وفسَّره أبو عبيد القاسم بن سلَّام بأن يقول الرجل للرجل: أبيعك هذا نقداً بكذا ونسيئة بكذا ويفترقان عليه». انتهى. ورواية ابن حبان للحديث موقوفاً: «والصفقة في الصفقتين ربا»، تؤيِّد تفسير المصنِّف مع أنه أقرب تبادراً من تفسير أبي عبيد، وأكثر فائدة، فإنَّ كون الثمن على تقدير النقد ألفاً، وعلى تقدير النسيئة ألفين ليس في معنى الربا، بخلاف اشتراط نحو السكن والخدمة»[1].

أي: كل شرط يؤدِّي إلى اجتماع عقدين في عقد كبيع وبيع، أو إجارة، أو قرض، أو إعارة، أو اشتراط سكن الدار المبيعة، أو نحو ذلك.

وشرح العلَّامة السغدي في فتاويه حديث النهي عن بيع وسلف فقال: «هو أن يقول الرجل: أبيعك هذا الشيء على أن تقرضني كذا، أو أقرضك كذا»، وقال في شرح: «بيعتين في بيع واحد، هو أن يقول: أبيعك هذه الجارية بكذا درهماً على أن أبيعك هذا الغلام بكذا، أو على أن تبيعني عبدك بكذا»، وقال في شرح «شرطين في بيع»: «هو أن يقول: أبيعك هذا الشيء بعشرة دراهم إن نقدتني وبخمسة عشر إن أعطيتني في شهر»[2].

وفرَّق ابن الهمام بين لفظ: «صفقتين»، ولفظ: «بيعتين»، فقال: ويظهر من كلام بعض من يتكلَّم في الحديث ظن أنه معنى الأوَّل، وليس كذلك، بل هذا ـ أي: النهي عن بيعتين في بيعة ـ أخص منه، فإنه في خصوص من الصفقات، وهو البيع»[3].

---

(١) النتف في الفتاوى للسغدي (١/ ٤٧٠).

(٢) فتح القدير (٦/ ٤٤٧).

(٣) أستاذنا الدكتور حسن الشاذلي بحثه حول: اجتماع العقود في عقد في الفقه الإسلامي، المقدمة إلى ندوة بيت التمويل الثَّالثة عام ١٩٩٣م.

(ب) **المالكية**: فسَّروا الصفقتين بالتفسير السابق الذي ذكرناه ورجحناه، وهو العقد الذي يكون متردداً بين شيئين كثمنين، أو سلعتين في البيع، أو أجرتين، أو كدارين في الإجازة، وذلك بشرط الإلزام.

فالعلة على ضوء ما ذكره المالكية هي: الغرر والجهالة الناشئة من التردُّد، أما اجتماع العقود في عقد واحد دون وجود هذا التردُّد فجائز من حيث المبدأ، فقد جاء في المدونة: «قلت: أرأيت إن اشتريت عبداً من رجل بعشرة دنانير على أن أبيعه عبدي بعشرة دنانير؟ قال: قال مالك: ذلك جائز... ولأنَّ هذا مقاصة، وإلَّا لا يصلح إذا اشترطا إعطاء الدنانير كل للآخر.

قلت: فلو بعته عبدي بعشرة دنانير على أن يبيعني عبده بعشرين ديناراً، قال: قال مالك: لا بأس بذلك، وإنما هو عبد بعبد، وزيادة عشرة دنانير»[1].

وقال ابن القاسم: «وكذلك لو قال: أبيعك ثوبي هذا بعشرة دنانير على أن تعطيني حماراً إلى أجل صفقة كذا وكذا فلا بأس به، إنما وقع الثوب بالحمار، والدنانير لغواً فيما بينهما، كما قال أيضاً: إنَّ مالكاً يجيز اجتماع البيع والإجارة في صفقة واحدة»[2].

وأجاز أشهب اجتماع البيع مع الشركة، والصرف، والجُعل، والنكاح، والمساقاة، والقراض، والإجارة، والكراء[3].

أما بخصوص اجتماع البيع والسلف فقد قال ابن رشد: «واختلف أيضاً في البيع والسلف إذا وقع فقيل: يفسخ ما دام مشترط السلف متمسكاً بشرطه، فإن رضي بتركه على مذهب سحنون أو رده على مذهب ابن القاسم ـ يريد،

(١) المدونة (٩/ ١٢٦ ـ ١٢٨).

(٢) المدونة (١١/ ٤٤).

(٣) البهجة شرح التحفة لابن عابدين (٢/ ٩)، ود. الشاذلي: بحثه السابق (ص٥٠).

والله أعلم ـ قبل أن يغيب عليه غيبة ينتفع فيهما به، صحَّ البيع ـ ولم يفسخ، فإن فاتت السلعة، قال ابن حبيب: ولم يقبض السلف، كان فيها الأقل من الثمن أو القيمة ـ إن كان المشتري هو مشترط السلف أو الأكثر من القيمة، أو الثمن إن كان البائع هو مشترط السلف كالحكم في بيوع الثنا سواء. هذا قول ابن القاسم في المدونة، وفي العشرة ليحيى عن ابن القاسم: أنَّ فيها القيمة بالغة ما بلغت كانت أقل من الثمن أو أكثر، وهي ظاهر روايته عنه في السلم والاجال من العُتْبِيَّة، وعلى هذا يفسخ البيع إن شاء المتبايعان أو أبيا إذا كانت السلعة قائمة»[١].

(ج) **الشَّافعيَّة**: ذكر فقهاء الشافعية ضمن البيوع المنهي عنها: بيعتين في بيعة، فقال النووي: «وفيه تأويلان نص عليهما في المختصر:

أحدهما: أن يقول: بعتك هذا بألف على أن تبيعني دارك بكذا، أو تشتري مني داري بكذا. . وهو باطل.

والثَّاني: أن يقول: بعتكهُ بألف نقداً، أو بألفين نسيئة فخذه بأيهما شئت، أو شئت أنا. . وهو باطل.

أما لو قال: بعتك بألف نقداً، وألفين نسيئة. أو قال: بعتك نصفه بألف، ونصفه بألفين فيصح العقد»[٢]، وقال أيضاً: «ومنها: النهي عن بيع وسلف، وهو البيع بشرط القرض. . . فمن الشرط الفاسد إذا باعه بألف بشرط أن يبيعه داره، أو يشتري منه داره، وبشرط أن يقرضه عشرة، فالعقد الأوَّل باطل، فإذا أتيا بالبيع الثَّاني نظر، إن كانا يعلمان بطلان الأوَّل صح، وإلَّا فلا؛ لأنهما يأتيان به على حكم الشرط الفاسد. . . والقياس صحته، وبه قطع الإمام.

---

(١) المقدمات والممهدات، ط دار الغرب الإسلامي (٢/ ٦٥).
(٢) روضة الطالبين، ط المكتب الإسلامي (٣/ ٣٩٧).

وكذلك الأمر في الجمع بين بيع وإجارة حيث فيه قولان، ولو قال: اشتريت هذا الزرع، واستأجرتك على حصاده بعشرة، فقال: بعت وأجرت، فطريقان: أحدهما على القولين في الجمع بين مختلفي الحكم، والثَّاني: تبطل الإجارة، وفي البيع قولا تفريق الصفقة»[1].

(د) **الحنابلة**: حمل الحنابلة حديث النهي عن صفقتين، أو بيعتين في صفقة واحدة، أو بيعة واحدة على اجتماع عقدين في عقد واحد بعوضين مختلفين، وهذا هو ظاهر المذهب.

ولبيان ذلك نستعرض بإيجاز ما ذكره ابن قدامة حيث ذكر تفسيرين:

أحدهما: ما ذكرناه آنفاً بأن يشترط في العقد عقداً آخر مثل أن يقول: بعتك بكذا على أن تقرضني كذا، أو على أن تبيعني دارك، أو على أن آخذ منك الدينار بصرف كذا، أو على أن أؤجرك، أو على أن تؤجرني، أو على أن تزوجني ابنتك، أو أزوجك، أو نحو ذلك.. فالعقد في هذا كله باطل على الأصح في المذهب.

وأما إذا جمع بين عقدين مختلفي القيمة بعوض واحد كالصرف وبيع ما يجوز التفرُّق فيه قبل القبض، والبيع والنكاح، أو الإجارة نحو أن يقول: بعتك هذا الدينار وهذا الثوب بعشرين درهماً، أو بعتك هذه الدار وأجَّرتك الأخرى بألف، أو باعه سيفاً محلًّى بالذهب بفضة، أو زوَّجتك ابنتي وبعتك عبدها بألف.. صحَّ العقد فيهما؛ لأنها عينان يجوز أخذ العوض عن كل واحدة منها منفردة فجاز أخذ العوض عنهما مجتمعين كالعبدين، وهذا أحد قولي الشافعي.

وقال أبو الخطاب: في ذلك وجه آخر إنه لا يصح، وهو القول الثَّاني للشافعي؛ لأنَّ حكمهما مختلف، فإنَّ المبيع يضمن بمجرَّد البيع، والإجارة

---

(١) الروضة (٣/٣٩٩).

بخلافه، والأوَّل أصح، وما ذكروه يبطل بما إذا باع شقصاً وسيفاً، فإنه يصح مع اختلاف حكمهما بوجوب الشفعة في أحدهما دون الآخر»[1].

والثَّاني: هو تفسير الجمهور؛ أي: الجمع بين النقد والنسيئة لشيء واحد في عقد واحد، قال ابن قدامة: «وقد روي في تفسير بيعتين في بيعة وجه آخر، وهو أن يقول: بعتك هذا العبد بعشرة نقداً، أو بخمسة عشر نسيئة، أو بعشرة مكسرة، أو تسعة صحاحاً، هكذا فسَّره مالك والثوري وإسحاق، وهو أيضاً باطل وهو قول الجمهور؛ لأنه لم يجزم له ببيع واحد، فأشبه ما لو قال بعتك هذا، أو هذا، ولأنَّ الثمن مجهول فلم يصح كالبيع بالرقم المجهول، ولأنَّ أحد العوضين غير معين ولا معلوم، فلم يصح، كما لو قال: بعتك أحد عبيدي. وقد روي عن طاوس، والحكم، وحمَّاد، أنَّهم قالوا: لا بأس أن يقول: أبيعك بالنقد بكذا، وبالنسيئة بكذا، فيذهب على أحدهما. وهذا محمول على أنه جرى بينهما بعدما يجري في العقد، فكأنَّ المشتري قال: أنا آخذه بالنسيئة بكذا، فقال: خذه، أو قد رضيت، ونحو ذلك، فيكون عقداً كافياً. . .

وقد روي عن أحمد فيمن قال: إنَّ خطته اليوم فلك درهم وإن خطته غداً فلك نصف درهم: أنه يصح، فيحتمل أن يلحق به هذا البيع فيخرج وجهاً في الصحة، ويحتمل أن يفرق بينهما من حيث إنَّ العقد ثمة يمكن أن يصح لكونه جعالة يحتمل فيهما الجهالة، بخلاف البيع، ولأنَّ العمل الذي يستحق به الأجرة لا يمكن وقوعه إلَّا على إحدى الصفقتين فتتعيَّن الأجرة المسمَّاة عوضاً له فلا يقضي إلى التنازع، وههنا بخلافه»[2].

وذكر ابن قدامة تفسير الحديث، فقال: «ولو باعه بشرط أن يسلفه، أو يقرضه، أو شرط المشتري ذلك فهو محرم، والبيع باطل. . .، لما روى

---

(١) المغني (٤/ ٢٥٩ ـ ٢٦٠).

(٢) المغني (٤/ ٢٥٨).

عبد الله بن عمر أنَّ النبي ﷺ نهى عن بيع وسلف. . . ، وفي لفظ: «لا يحل بيع وسلف؛ لأنه اشترط عقداً في عقد ففسد كبيعتين في بيعة، ولأنه إذا اشترط القرض زاد في الثمن لأجله فتصير الزيادة في الثمن عوضاً عن القرض وربحاً له، وذلك ربا محرم ففسد؛ كما لو صرح به»[1].

ثانياً: التطبيقات التي ذكرها فقهاء المذاهب:

عند النظر في الكتب الفقهية نجد أنَّ الفقهاء نظروا إلى هذه المسألة من زاويتين:

الزَّاوية الأولى: اقتران الشروط بالعقود، حيث أدخل معظم الفقهاء مسألة الشروط في أحاديث النهي عن الصفقتين، والشرطين، والبيعين في بيع واحد سواء كان هذا الشرط يتضمَّن عقداً، أو نحو ذلك.

الزَّاوية الثَّانية: أن يتضمَّن العقد الواحد عقدين مطلقاً سواء كان عن طريق التعليق والشرط أم لم يكن كذلك.

ومن خلال التوسُّع في هاتين الزاويتين يكون التضييق على العقود، هذا من جانب، ومن جانب آخر أنَّ التوسُّع في هذا الباب وجعل المعنى الواسع لهذه الأحاديث أصلاً أدَّى إلى أن يقول جماعة من الفقهاء: إنَّ الأصل في الشروط هو الحظر، في حين لو حقَّقوا في معنى الحديث ووصلوا إلى المعنى الراجح الذي ذكره رواة الحديث لما كان هذا التوسُّع في الحظر ولا التضييق في نطاق العقود، ولا الوصول إلى أنَّ الأصل في الشروط الحظر.

وتطبيقاً لهذا النهج خاض بعض الفقهاء في الحرفية والظاهرية أكثر فمنعوا وجود شرطين في عقد واحد مهما كانت طبيعة الشرط، ومنعوا وجود عقدين في صفقة واحدة، كما أنَّ بعضهم منعوا حتى وجود شرط في العقد إلَّا ما دلَّ الدليل عليه، وبعضهم قالوا: إنَّ العقد يبطل بوجود شرطين

---

(١) المغني (٤/ ٢٦٠).

فاسدين، ولكنه لا يبطل بوجود شرط فاسد، مع أنَّ الحديث ليس فيه أي دليل على تقييد الشرطين بكونهما فاسدين، وأيضاً فإذا كانت الشروط صحيحة فما الفرق بين شرط واحد، أو شرطين، وكذلك إذا كانت فاسدة فما الفرق بين الأمرين؟[1].

ولا يسع البحث الخوض في مزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع.

البيع بالتقسيط ومدى علاقته بهذه الأحاديث:

ذهب الشيخ محمد ناصر الدين الألباني: إلى أنَّ البيع بالتقسيط يدخل في مضمون هذه الأحاديث، فقال: «وهو ينطبق تماماً على المعروف اليوم ببيع التقسيط»، ورأى أنه لا يجوز البيع بالتقسيط ما دام الثمن المؤجل أكثر من الثمن المعجل، لكنه لو وقع ودفع أقل السعرين جاز[2].

* وحجته في ذلك: أنَّ هذه الحالة تدخل في مدلول حديث النهي عن البيعتين في بيعة واحدة، وأنه حيلة إلى الربا.

للجواب عن ذلك نقول:

أوَّلاً: إنَّ ما يجري اليوم هو ليس من باب صفقتين في صفقة واحدة، أو البيعتين في بيعة واحدة؛ لأنَّ المشتري أساساً يقدم على الشراء بالتقسيط، فلا يذكر في العقد ثمن المبيع المعجَّل إذا كان مؤجَّلاً؛ لأنه لو كان عنده الثمن العاجل لما أقدم على ذلك أبداً، ومن هنا فيكون الثمن واحداً، والصفقة واحدة، وليست صفقتين، ثمَّ إنَّ تفسير الرواة، ومنهم ابن مسعود، وسماك لا ينطبق على البيع بالتقسيط في وقتنا الحاضر؛ لأنَّ تفسيرهم يدل على أنَّ المنهي عنه وجود بيعتين في بيعة واحدة.

في حين أنَّ البيع بالتقسيط الآن يبت فيه الثمن الواحد.

---

(١) المراجع السابقة، وبحث د. الشاذلي السابق الإشارة إليه (ص٥٤)، وما بعدها.

(٢) يراجع: سلسلة الأحاديث الصحيحة (٥/ ٤٢٢ ـ ٤٢٧).

ثانياً: ومن جانب آخر أنَّ الحديث فسَّر تفسيراً آخر رجَّحه ابن تيمية وابن القيم بأنَّ الحديث في بيع العينة ـ كما سيأتي شرحه.

ثالثاً: وأما أنَّ هذه العملية يقصد بها الوصول إلى الربا عن طريق الحيلة فقد ردَّ على ذلك فضيلة الشيخ القرضاوي حيث قال: «إنَّ هذا الكلام ليس صحيحاً في تصوير الواقع فالمصرف يشتري حقيقة، ولكنه يشتري ليبيع غيره، كما يفعل أي تاجر، وليس من ضرورة الشراء الحلال أن يشتري المرء للانتفاع، أو القنية، أو الاستهلاك الشخصي، والعميل الذي طلب من المصرف الإسلامي أن يشتري له السلعة يريد شراءها حقيقة، ولا صورة»[1].

رابعاً: ثمَّ إنَّ وجود شبه بالربا من حيث الصورة مع فرض التسليم به لا يدل على التحريم ما دامت الحقيقة مختلفة، وذلك لأنَّ الربا إنما يجري بين جنسين متماثلين كالنقد بالنقد بزيادة لأجل الأجل، أو الطعام بالطعام بزيادة، لأجل الأجل، أو نحو ذلك، في حين أنَّ البيع بالتقسيط لا ينطبق عليه هذا المعنى أبداً، وقد أشار القرآن الكريم إلى هذا التخييل، فقال تعالى: ﴿ذَٰلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوٓاْ إِنَّمَا ٱلْبَيْعُ مِثْلُ ٱلرِّبَوٰاْ ۗ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ ۚ فَمَن جَآءَهُۥ مَوْعِظَةٌ مِّن رَّبِّهِۦ فَٱنتَهَىٰ فَلَهُۥ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُۥٓ إِلَى ٱللَّهِ ۖ وَمَنْ عَادَ فَأُوْلَٰٓئِكَ أَصْحَٰبُ ٱلنَّارِ ۖ هُمْ فِيهَا خَٰلِدُونَ﴾[2].

خامساً: ثمَّ إنَّ الأئمَّة الأربعة وجمهور الفقهاء والمحدِّثين أجازوا البيع المؤجل بأكثر من سعر النقد بشرط أن يبت العاقدان بأنه بيع مؤجل بأجل معلوم، وبثمن متفق عليه عند العقد[3].

---

(١) وقد أفاض في الدفاع عن ذلك في كتابه القيم: بيع المرابحة للآمر بالشراء كما تجريه المصارف الإسلامية، ط دار القلم بالكويت (ص٤١ ـ ٤٣).

(٢) سورة البقرة: الآية ٢٧٥.

(٣) المبسوط للسرخسي (١٣/٨)، وحاشية ابن عابدين (٥/ ١٤٢)، والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/ ٨٥)، ومغني المحتاج للشربيني (٢/ ٣١)، والمغني لابن قدامة (٤/ ١٧٧)، والشيخ تقي الدين العثماني بحثه: أحكام بيع التقسيط المقدم إلى مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بدورته السابقة بجدة.

وقد أجاب ابن تيمية عن سؤال قريب من موضوعنا بالجواز[1].

سادساً: إنَّ تأجيل الدين مشروع من حيث المبدأ، يدل عليه قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكۡتُبُوهُۚ وَلۡيَكۡتُب بَّيۡنَكُمۡ كَاتِبُۢ بِٱلۡعَدۡلِۚ وَلَا يَأۡبَ كَاتِبٌ أَن يَكۡتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ ٱللَّهُۚ فَلۡيَكۡتُبۡ وَلۡيُمۡلِلِ ٱلَّذِي عَلَيۡهِ ٱلۡحَقُّ وَلۡيَتَّقِ ٱللَّهَ رَبَّهُۥ وَلَا يَبۡخَسۡ مِنۡهُ شَيۡـٔٗاۚ فَإِن كَانَ ٱلَّذِي عَلَيۡهِ ٱلۡحَقُّ سَفِيهًا أَوۡ ضَعِيفًا أَوۡ لَا يَسۡتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلۡيُمۡلِلۡ وَلِيُّهُۥ بِٱلۡعَدۡلِۚ وَٱسۡتَشۡهِدُواْ شَهِيدَيۡنِ مِن رِّجَالِكُمۡۖ فَإِن لَّمۡ يَكُونَا رَجُلَيۡنِ فَرَجُلٞ وَٱمۡرَأَتَانِ مِمَّن تَرۡضَوۡنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ أَن تَضِلَّ إِحۡدَىٰهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحۡدَىٰهُمَا ٱلۡأُخۡرَىٰۚ وَلَا يَأۡبَ ٱلشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُواْۚ وَلَا تَسۡـَٔمُوٓاْ أَن تَكۡتُبُوهُ صَغِيرًا أَوۡ كَبِيرًا إِلَىٰٓ أَجَلِهِۦۚ ذَٰلِكُمۡ أَقۡسَطُ عِندَ ٱللَّهِ وَأَقۡوَمُ لِلشَّهَٰدَةِ وَأَدۡنَىٰٓ أَلَّا تَرۡتَابُوٓاْ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً حَاضِرَةٗ تُدِيرُونَهَا بَيۡنَكُمۡ فَلَيۡسَ عَلَيۡكُمۡ جُنَاحٌ أَلَّا تَكۡتُبُوهَاۗ وَأَشۡهِدُوٓاْ إِذَا تَبَايَعۡتُمۡۚ وَلَا يُضَآرَّ كَاتِبٞ وَلَا شَهِيدٞۚ وَإِن تَفۡعَلُواْ فَإِنَّهُۥ فُسُوقُۢ بِكُمۡۗ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَۖ وَيُعَلِّمُكُمُ ٱللَّهُۗ وَٱللَّهُ بِكُلِّ شَيۡءٍ عَلِيمٞ﴾[2].

وكذلك السُّنَّة النَّبويَّة المشرَّفة حيث روى البخاري ومسلم بسندهما أنَّ النبي ﷺ اشترى طعاماً وأجَّل الثمن[3].

كما أنَّ ذلك جرى به العرف من قديم الزمان، وإذا ثبت جواز تأجيل الثمن ثبت جواز تقسيطه[4].

---

(١) حيث سئل عن رجل اشترى فرسه بـ ١٨٠ درهماً، فطلب منه آخر أن يبيعه بثلاثمائة درهم، فهل يحل ذلك؟ فأجاب: «الحمد لله، إن كان الذي يشتريه لينتفع به، أو يتجر به فلا بأس في بيعه إلى أجل».

(٢) سورة البقرة: الآية ٢٨٢.

(٣) صحيح البخاري ـ مع الفتح ـ (٥/ ٥٣)، ومسلم (٣/ ١٢٢٦).

(٤) يراجع: د. محمد رضا عبد الجبار العاني: تقسيط الدين في الفقه الإسلامي بحثه المقدم إلى مجمع الفقه السابق الإشارة إليه، ود. إبراهيم فاضل الدبو، بحثه: البيع بالتقسيط المقدم إلى المجمع السابق.

الخلاصة مع الترجيح:

والذي يظهر لنا رجحانه هو أنَّ المراد بالنهي عن صفقتين في صفقة واحدة، وعن البيعتين في بيع، أو بيع واحد، أو بيعة واحدة، وعن الشرطين في بيع، هو معنى واحد يتمثَّل في عقد واحد يتضمَّن أمرين بأن يقول: بعتك هذه البضاعة نقداً بكذا، ونسيئة بكذا، أما إذا فصلت الصفقتان، بأن وقع العقد على النقد فقط، أو على النسيئة فقط صح العقد.

هذا هو المعنى الراجح الظاهر، ولكنه يوجد لهذه الأحاديث معنى صحيح آخر أشار إليه ابن تيمية، وأصَّله ابن القيم، وهو أنَّ هذه الأحاديث في بيع العينة، والتورُّق.

قال ابن تيمية: «فمتى كان مقصود المتعامل دراهم بدراهم إلى أجل ـ فإنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرىء ما نوى ـ فسواء باع المعطي الأجل، أو باع الأجل المعطى، ثمَّ استعاد السلعة.

وفي السنن عن النبي ﷺ أنه قال: «**من باع بيعتين في بيعة، فله أوكسهما أو الربا**»، وفيه أيضاً عن النبي ﷺ أنه قال: «**إذا تبايعتم بالعينة، واتبعتم أذناب البقر، وتركتم الجهاد في سبيل الله، أرسل الله عليكم ذلًّا لا يرفعه عنكم حتى ترجعوا إلى دينكم**»، وهذ كله في بيع العينة، وهو بيعتان في بيعة.

وقال ﷺ: «**لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يضمن، ولا بيع ما ليس عندك**»، قال الترمذي: حديث صحيح. فحرم النبي ﷺ، أن يبيع الرجل شيئاً ويقرضه مع ذلك، فإنه يحابيه في البيع لأجل القرض، حتى ينفعه، فهو ربا.

وهذه الأحاديث وغيرها تبيِّن أنَّ ما تواطأ عليه الرجلان، بما يقصدان به دراهم بدراهم أكثر منهما إلى أجل فإنه ربا، سواء كان يبيع ثمَّ يبتاع، أو يبيع ويقرض، وما أشبه ذلك»[1].

---

(١) فتاوى ابن تيمية (٢٩/ ٤٣٢).

ويقول ابن القيم: «هذا الحديث أصل من أصول المعاملات وهو نص في تحريم الحيل الربوية، وقد اشتمل على أربعة أحكام:

الحكم الأوَّل: تحريم الشرطين في البيع، وقد أشكل على أكثر الفقهاء معناه من حيث إنَّ الشرطين إن كانا فاسدين فالواحد حرام، فأي فائدة لذكر الشرطين، وإن كانا صحيحين لم يحرما... وقال القاضي في المجرد: ظاهر كلام أحمد، أنه متى شرط في العقدين شرطين بطل سواء كانا صحيحين أو فاسدين.. أخذاً بظاهر الحديث.. وأما أصحاب الشافعي وأبي حنيفة فلم يفرقوا بين الشرط والشرطين، وقالوا: يبطل البيع بالشرط الواحد.. وأما الشروط الصحيحة فلا تؤثِّر في العقد وإن كثرت»(١).

ثمَّ قال ابن القيم: «وكل هذه الأقوال بعيدة عن مقصود الحديث غير مرادة منه.

فأما القول الأوَّل: وهو أن يشترط حمل الحطب وتكسيره، وخياطة الثوب وقصارته ونحو ذلك: فبعيد، فإنَّ اشتراط منفعة البائع في المبيع إن كان فاسداً فسد الشرط والشرطان. وإن كان صحيحاً فأي فرق بين منفعة أو منفعتين أو منافع، لا سيَّما والمصححون لهذا الشرط قالوا: هو عقد قد جمع بيعاً وإجارة، وهما معلومان لم يتضمَّنا غرراً. فكانا صحيحين. وإن كان كذلك فما الموجب لفساد الإجارة على منفعتين وصحتها على منفعة؟ وأي فرق بين أن يشترط على بائع الحطب حمله، أو حمله ونقله، أو حمله وتكسيره.

وأما التفسير الثَّاني: وهو الشرطان الفاسدان: فأضعف وأضعف، لأنَّ الشرط الواحد الفاسد منهيٌّ عنه. فلا فائدة في التقييد بشرطين في بيع، وهو يتضمَّن زيادة في اللفظ، وإيهاماً لجواز الواحد. وهذا ممتنع على الشارع مثله لأنه زيادة مخلَّة بالمعنى.

---

(١) عون المعبود شرح سنن أبي داود لابن قيِّم الجوزية (٩/ ٤٠٧).

وأما التفسير الثَّالث: وهو أن يشترط أنه إن باعها فهو أحق بها بالثمن، وأنَّ ذلك يتضمَّن شرطين: أن لا يبيعها لغيره وأن يبيعه إياها بالثمن فكذلك، وأيضاً فإنَّ كل واحد منهما إن كان فاسداً فلا أثر للشرطين، وإن كان صحيحاً لم يفسد بانضمامه إلى صحيح مثله، كاشتراط الرهن والضمين واشتراط التأجيل والرهن ونحو ذلك.

وعن أحمد في هذه المسألة ثلاث روايات:

إحداهن: صحة البيع والشرط.

والثَّانية: فسادهما.

والثَّالثة: صحَّة البيع وفساد الشرط.

وهو ـ رضي الله عنه ـ إنما اعتمد في الصحة على اتفاق عمر، وابن مسعود على ذلك، ولو كان هذا هو الشرطان في البيع لم يخالفه لقول أحد، على قاعدة مذهبه، فإنه إذا كان عنده في المسألة حديث صحيح لم يتركه لقول أحد، ويعجب ممن يخالفه من صحاب أو غيره.

وقوله في رواية المروزي: هو في معنى حديث النبي ﷺ: «**لا شرطان في بيع**» ليس تفسيراً منه صريحاً، بل تشبيه وقياس على معنى الحديث، ولو قدر أنه تفسير فليس بمطابق لمقصود الحديث، كما تقدَّم.

وأما تفسير القاضي في المجرد، فمن أبعد ما قيل في الحديث وأفسده، فإن شرط ما يقتضيه العقد، أو ما هو من مصلحته، كالرهن والتأجيل والضمين ونقد كذا: جائز، بلا خلاف، تعدَّدت الشروط أو اتَّحدت.

فإذا تبيَّن ضعف هذه الأقوال: فالأولى تفسير كلام النبي ﷺ بعضه ببعض. فنفسِّر كلامه بكلامه. فنقول: نظير هذا نهيه ﷺ عن صفقتين في صفقة، وعن بيعتين في بيعة. فروى سماك عن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود، عن أبيه قال: «نهى رسول الله ﷺ عن صفقتين في صفقة».

وفي السنن عن أبي هريرة عن النبي ﷺ: «**من باع بيعتين في بيعة فله أوكسهما، أو الربا**».

وقد فسرت البيعتان في البيعة: بأن يقول: «أبيعك بعشرة نقداً، أو بعشرين نسيئة»، هذا بعيد من معنى الحديث من وجهين:

أحدهما: أنه لا يدخل الربا في هذا العقد.

الثَّاني: أنَّ هذا ليس بصفقتين، إنما هو صفقة واحدة بأحد الثمنين، وقد ردَّده بين الأوَّلين أو الربا. ومعلوم أنَّه إذا أخذ بالثمن الأزيد في هذا العقد لم يكن ربا، فليس هذا بمعنى الحديث.

وفُسِّر: بأن يقول: «خذ هذه السلعة بعشرة نقداً وآخذها منك بعشرين نسيئة، وهي مسألة العينة بعينها، وهذا هو المعنى المطابق للحديث، فإنه إذا كان مقصوده الدراهم العاجلة بالآجلة فهو لا يستحقّ إلَّا رأس ماله؛ وهو أوكس الثمنين، فإن أخذه أخذ أوكسهما، وإن أخذ الثمن الأكثر فقد أخذ الربا، فلا محيد له عن أوكس الثمنين أو الربا. ولا يحتمل الحديث غير هذا المعنى، وهذا هو بعينه الشرطان في بيع فإنَّ الشرط يطلق على العقد نفسه؛ لأنهما تشارطا على الوفاء به فهو مشروط، والشرط يطلق على المشروط كثيراً، كالضرب يطلق على المضروب، والخلق على المخلوق، والنسخ على المنسوخ، فالشرطان كالصفقتين سواء. فشرطان في بيع كصفقتين في صفقة.

وإذا أردت أن يتَّضح لك هذا المعنى فتأمَّل نهيه ﷺ في حديث ابن عمر عن بيعتين في بيعة، وعن سلف وبيع. رواه أحمد.

ونهيه في هذا الحديث عن شرطين في بيع وعن سلف في بيع، فجمع السلف والبيع مع الشرطين في البيع، ومع البيعتين في بيعة.

وسرّ ذلك: أنَّ كِلا الأمرين يؤول إلى الربا وهو ذريعة إليه.

أما البيعتان في بيعة: فظاهر، فإنه إذا باعه السلعة إلى شهر ثمَّ اشتراها منه بما شرط له، كان قد باع بما شرطه له بعشرة نسيئة، ولهذا المعنى حرم الله ورسوله العينة.

وأما السلف والبيع: فلأنه إذا أقرضه مائة إلى سنة، ثمَّ باعه ما يساوي خمسين بمائة: فقد جعل هذا البيع ذريعة إلى الزيادة في القرض الذي موجبه رد المثل، ولولا هذا البيع لما أقرضه ولولا عقد القرض لما اشترى ذلك.

فظهر سرّ قوله ﷺ: «**لا يحلّ سلف وبيع، ولا شرطان في بيع**»، وقول ابن عمر: «نهى عن بيعتين في بيعة وعن سلف وبيع»، واقتران إحدى الجملتين بالأخرى لما كانا سلما إلى الربا»[1].

وكذلك نرى أنَّ الراجح في معنى «النهي عن بيع وسلف»: هو أن يتضمَّن العقد بيعاً وقرضاً بأن يقول: أشتري منك هذه الدار بكذا على أن تقرضني كذا، أو أشتريها منك وتقرضني كذا. وهو تفسير يختلف عن الصفقتين في صفقة واحدة؛ لأنهما على مبيع واحد، بينما مسألة البيع والسلف تتضمَّن أمرين مختلفين هما: البيع الوارد على شيء، ومبلغ القرض.

ويلحق بالبيع كل المعاوضات المالية كالإجارة والمضاربة ونحوهما.



(١) شرح ابن القيم على سنن أبي داود بهامش عون المعبود (٩/ ٤٠٥ ـ ٤٠٧).



الحقوق المعنوية
وتطبيقاتها المعاصرة والتصرُّف فيها وزكاتها
(دراسة فقهية تأصيلية)

المقدّمة:

الحمد لله ربّ العالمين والصَّلاة والسَّلام على المبعوث رحمة للعالمين وعلى آله وصحبه وسلم ومن تبع هداه إلى يوم الدين.

وبعد:

فقد اتسم عصرنا الحاضر بالتقدم في كل الجوانب الصناعية والاقتصادية والعسكرية، وكذلك بالتقدم والتطوير في الحقوق والملكية والمعاملات بشكل كبير، فظهر بفضل التقدم التقني والتكنولوجي بعد فضل الله أنواع كثيرة من الحقوق لم تكن موجودة في السابق، وذلك مثل حقوق الابتكار، والاسم التجاري والصناعي ونحوها وبما أن الشرعية الإسلامية شاملة لبيان حكم أي نشاط إنساني، فإن من الواجب على أهل العلم البحث الحثيث، وبذل الجهد واستفراعه للوصول إلى الحكم الشرعي لهذه النوازل الجديدة بكل دقة عن طريق الاجتهاد الفردي والاجتهاد الجماعي.

ولقد كلفتني الندوة العالمية للزكاة بالبحث عن زكاة الحقوق المعنوية، ولم يسعني إلَّا الاستجابة لها وذلك بالبحث عن ماهية هذه الحقوق المعنوية وتأصيلها الشرعي، ثمَّ بعد ذلك مدى وجوب الزكاة فيها والله أسأل أن يوفقك لتحقيق الهدف الذي كلفت به وأن يجعل أعمالنا خالصة لوجهه الكريم، ويعصمنا من الخطأ والزلل في القول والعقيدة والعمل، إنه مولاي فنعم المولى ونعم النصير.

التعريفات بالحقوق المعنوية:

الحقّ لغة: بمعنى الثابت، والصحيح والجدير، والصدق، ونقيض الباطل، وهو اسم من أسماء الله تعالى أي الثابت بلا شك. ويطلق على النصيب الواجب للفرد، أو الجماعة. وجمعه: حقوق، وحقاق. وحقوق الله تعالى ما يجب علينا نحوه من عبادته، وتوحيده، وطاعته. وحقوق الدار مرافقها[١].

وفي الاصطلاح: نجد أن علماء الأصول[٢] أطلقوا الحقوق على حقوق الله تعالى وحقوق العباد، وقسَّموها إلى أربعة أقسام، وهي:

١ ـ حقوق الله الخالصة، وقد عرَّفها بعض الأصوليين[٣] بأنه متعلق أمره ونهيه وهو عبادته، قال تعالى: ﴿وَمَا خَلَقْتُ ٱلْجِنَّ وَٱلْإِنسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ﴾[٤]، فيكون كل تكليف شرعي حقّ الله تعالى.

٢ ـ حقوق العباد الخالصة، مثل الحقوق المالية.

٣ ـ ما اجتمع فيه الحقان وكان حق الله هو الغالب كحد القذف عند الحنفية، وأما عند الجمهور الشافعية، والحنابلة، وأبو يوسف من الحنفية فإن حق العبد منه هو الغالب.

٤ ـ ما اجتمع في الحقان وحق العبد هو الغالب كالقصاص من القاتل العمد[٥]، ولكن الشاطبي حصر الحقوق على الأقسام الثلاثة الأولى نافياً

---

(١) تفصيل ذلك لسان العرب، والقاموس المحيط، والمعجم الوسيط، والمصباح المنير مادة «حقق».

(٢) يراجع لتفصيل ذلك شرح التلويح على التوضيح للتفتازاني (٢/ ١٣٩)، وكشف الأسرار للبردوي (٤/ ١٣٤)، ويراجع د. عبد السَّلام العبادي الملكية في الشريعة الإسلامية ـ ط الأقصى بالأردن (١/ ٩٢).

(٣) الموافقات للشاطبي، ط المدني القاهرة (٢/ ٣١٦).

(٤) سورة الذاريات: الآية ٥٦.

(٥) المصادر السابقة أنفسها.

القسم الثَّاني السابق حيث لا يرى وجود ما يسمى بحق العبد الخالص[1].

وقسم ابن تيمية الحقوق إلى قسمين:

أحدهما: الحدود والحقوق التي ليست لقوم معينين، بل منفعتها لعامة المسلمين، وكلهم محتاجون إليه، وتسمى حدود الله، وحقوق الله، وذلك مثل حد قطع الطريق، والسرقة، والزنا ونحوها، ومثل الحكم في الأموال السلطانية، الوقوف والوصايا التي ليست لمعين.

ثانيهما: الحدود والحقوق التي تقررت لشخص معين[2]، وقد رتب الفقهاء آثاراً كثيرة على هذه الأقسام السابقة، وبالأخص على حق الله، وحق العبد، حيث إن حقوق الله تعالى لا تقبل الإسقاط من العبد، ولا تورث، ويدخل فيها الحسبة والملاحقة، ونحو ذلك[3].

وقد عرَّف القاضي حسين الحق بأنه: (اختصاص مظهر فيما يقصد له شرعاً)[4]، والحق في عرف الفقهاء له مدلول واسع حيث يطلق على الحقوق الخلقية مثل حق المسلم، وحق الجار، وحق الصاحب، وعلى الحقوق المالية، ويطلق كذلك على ما يقابل الأعيان والمنافع المملوكة كحق الشفعة، وحق الحضانة، والولاية وغير ذلك. ولذلك عرَّفه الأستاذ أبو سنة بأنه: (ما ثبت في الشرع للإنسان، أو لله تعالى على الغير)[5]، وهو هذا المعنى يشمل ملك العين، والمنفعة، والحقوق الفكرية، والفطرية وغير ذلك، في

---

(١) الموافقات للشاطبي (٣/ ٢١٨).

(٢) السياسة الشرعية، ط دار الشعب بالقاهرة (ص٧٨).

(٣) يراجع الموافقات للشاطبي (٢/ ٣٧٦)، وتيسير التحليل (٢/ ١٨١)، والفروق للقرافي، ط دار المعرفة بيروت (١/ ١٤١)، (٣/ ٢٦٧).

(٤) طريقة الخلاف مخطوطة ورقة ١٥٠ نقلاً عن كتاب الملكية للدكتور العبادي (١/ ٩٦).

(٥) النظريات العامة للأستاذ أحمد فهمي أبو سنة (ص١٥٠).

حين أن الأستاذ الزرقا قد جعل الاختصاص قوام الحق وحقيقته ولذلك عرَّفه بأنه اختصاص يقرر به الشرع سلطة، أو تكليفاً، وبذلك تخرج الإباحات العامة كالاصطياد والاحتطاب، ولا تشمل الأعيان المملوكة لأنها أشياء مادية ولست اختصاصاً في سلطة، أو تكليف، ودعم رأيه بأن الفقهاء يطلقون الحقوق في مقابلة الأعيان[1]، وقد ثار الخلاف بين القانونين في تعريف الحق على أربعة مذاهب منها تعريف الدكتور السنهوري بأنه: (مصلحة ذات قيمة مالية يقرها القانون للغير)[2]، عرَّفه الآخرون بأنه: (استئثار شخص بمزية يقررها القانون له، ويخولها بموجبها أن يتصرف فيه قيمة معينة باعتبارها مملوكة، أو مستحقة له)[3].

ثمَّ إن الحقوق المالية تنقسم عند بعض القانونيين إلى ثلاثة أقسام:

١ ـ الحق العيني وهو سلطة لشخص تنصب على شيء مادي كحق الملكية.

٢ ـ الحق الشخصي (أو الالتزام)، وهو حق يتمثل في رابطة قانونية بين شخصين بمقتضاها يقوم إحداهما وهو المدين قبل الآخر وهو الدائن بأداء مالي معين كحق المستأجر قبل المؤجر الذي يلتزم بالتمكين من الانتفاع بالعين المؤجرة.

٣ ـ الحق المعنوي وهو سلطة لشخص على شيء غير مادي كالأفكار والمخترعات، ولم تنظم معظم التشريعات هذا النوع[4].

---

(١) المدخل إلى الالتزام (ص١١ ـ ١٤).

(٢) الوسيط، ط دار النهضة العربية بالقاهرة (١/ ١٠٣).

(٣) يراجع للمزيد د. العبادي الملكية (١/ ١٠١ ـ ١٠٥)، ود. فتحي الدريني الحق ومدى سلطان الدولة (ص٦١).

(٤) الوسيط للسنهوري (١/ ١٠٣)، ود. الصدة حق الملكية (ص٤)، وما بعدها، ويراجع د. عجيل النشمي بحثه عن الحقوق المعنوية، في مجلة المجمع العدد الخامس (٣/ ٢٢٨٣، ٢٢٩٨).

«المعنوية» نسبة إلى المعنى:

وهو لغة ما يدل عليه اللفظ وجمعه معان، والمعاني ما للإنسان من الصفات المحمودة والمعنوي خلاف المادي، وخلاف الذَّاتي «محدثتان»[١]، وهذا المعنى الأخير المقصود فالحقوق المعنوية يعني الحقوق غير المادية.

التعريف بالحقوق المعنوية في الاصطلاح:

الحقوق المعنوية هي مصطلح واسع يسع معناها جميع الحقوق غير المادية، فيدخل فيها الحقوق الفكرية كحق التأليف والصناعة.

فقد عرَّف القانونيون الحق المعنوي بأنه سلطة لشخص على شيء غير مادي هو ثمرة فكره، أو خياله، أو نشاطه كحق المخترع في مخترعاته، وحق التاجر في الاسم التجاري، والعلامة التجارية وثقة العملاء[٢]، وقد يعبرون عنها، أو عن بعضها بالحقوق الذهنية، والحقوق الأدبية، والحقوق الفكرية، وحقوق الابتكار، والملكية الأدبية والفنية والصناعية والاسم التجاري، وحق الاختراع وحقوق التأليف.

والحق المعنوي هو ثالث أنواع الحقوق لديهم بعد الحق العيني الذي يتعلق بشيء معين يمكن أن يؤخذ دون الحاجة إلى وساطة أحد، والحق الشخصي الذي يعطيه الحق في المطالبة دون أن يباشره إلَّا بواسطة المدين[٣].

---

(١) المعجم الوسيط، ولسان العرب، والقاموس مادة «عني».

(٢) الملكية في قوانين البلاد العربية للدكتور عبد المنعم فرج الصدة (١/ ٩)، والملكية في الشريعة الإسلامية للدكتور عبد السَّلام العبادي (١/ ١٩٦).

(٣) هذا التقسيم الثلاثي عند أكثر القانونيين، ولكن بعضهم يجعله ثنائياً ويعتبر الحق المعنوي داخلاً في الحقوق العينية، وعلى ضوء الرأي الأوَّل لا بدّ أن يكون محل الحق مادياً، وأما على ضوء الرأي الثَّاني فلا يشترط ذلك، فلذلك تدخل في الحقوق العينية، فالقانونيون متفقون على اعتبار الحقوق المعنوية من الحقوق =

وعندما ظهرت الحقوق المعنوية اختلف القانونيون في اعتبارها حق ملكية حقيقية، فذهب بعضهم إلى أنها حق ملكية حقيقية، إذ فيها جميع مقوماتها الأساسية، وذهب آخرون إلى أنها ليست بحق ملكية، ولكنها احتكار للاستغلال في الجانب المالي، وحق من حقوق الشخصية في الجانب الأدبي، وذهب فريق ثالث إلى أنها حق عيني معنوي في جانبه المالي، وحق من حقوق الشخصية في جانبه الأدبي وذلك لأن محلها غير مادي[1].

والتحقيق أن كون الحق ماديًّا، أو غير مادي إنما يصح باعتبار متعلقه، وإلا بجميع الحقوق، بما فيها حق الملكية، معنوية[2].

وعند النظر في كتب الفقه والأصول لا نجد هذا الاسم، وإن كان المحتوى محققاً، ولذلك اختلف المعاصرون في تسميتها فسمَّاها شيخنا مصطفى الزرقا حقوق الابتكار[3]، وتبعه الأستاذ فتحي الدريني[4]، وذلك لأن اسم «الحقوق الأدبية» ضيِّق لا يتلاءم مع كثير من أفراد هذا النوع كالاختصاص بالعلامات الفارقة التجارية، والأدوات الصناعية المبتكرة، وعناوين المحال التجارية مما لا صلة له بالأدب والنتاج الفكري، في حين

= المالية، ولكنهم مختلفون في إدخالها في الحقوق العينية، أم أنها نوع مستقل، يراجع لتفصيل ذلك الوسيط في القانون المدني المصري للدكتور السنهوري (٨/ ٢٧٥)، والملكية للدكتور العبادي (١/ ١٩٦).

(١) يراجع الوسيط للسنهوري (٨/ ٢٦٧، ٢٨١)، ويرجح بأنها ليست حق الملكية؛ لأنها تقع على شيء غير مادي.

(٢) التحقيق أن الحقوق بما فيها حق الملكية معنوية، وأن تقسيم الحق إلى مادي، وغير مادي تقسيم غير صحيح؛ لأن الحق يكون دائماً غير مادي، والمادي هو الشيء محل الحق، أما الحق فهو معنوي أن يقوم في الفكر مجرداً غير محسوس، انظر: الوسيط للسنهوري (٨/ ٢٧٤).

(٣) المدخل إلى نظرية الالتزام (٢/ ٦٢).

(٤) حق الابتكار في الفقه الإسلامي المقارن (ص٧٩).

أن اسم «حق الابتكار» يشمل ذلك كما يشمل الحقوق الصناعية والتجارية مما يسمونه «الملكية الصناعية»[1].

وربما يرد على هذا الاسم أيضاً بأنه أخص من المطلوب؛ لأن «الابتكار» يوحي بتخصيص هذه الحقوق بما فيه الابتكار والإبداع فقط في حين أن الحق قد يترتب هنا، وإن لم يوجد ابتكار سواء أكان في الأدبيات أم في الأسماء التجارية، أم الصناعية أو نحوها[2]، ولذلك نرى إبقاء هذا الاسم وهو «الحقوق المعنوية».

وكون هذا المصطلح جديداً لا يمنع من اعتباره، إذ العبرة بالمحتوى وليس باللفظ والمسمى، وذلك لأن محل الملك في نظر الفقه الإسلامي أعم من كونه مادياً أو غير مادي، وبهذا الاعتبار تدخل هذه الحقوق في الملكية بل وفي المال عند جمهور الفقهاء «ما عدا الحنفية»[3] كما أن الفقه الإسلامي لا يشترط في الملكية التأييد كما في ملك المنفعة للعين المستأجرة؛ لأن المقصود بالملك هو علاقة اختصاص؛ أي: أنه يختص بالمالك دون غيره فلا يعترضه في التصرُّف فيه أحد[4]، لذلك فدخول الحقوق المعنوية في الحقوق والملكية لا يؤدي إلى أي مخالفة لنص ولا لقاعدة فقهية، ولا لمقاصد الشريعة وقواعدها، في حين أن اعتبارها في القانون كان يؤدي إلى حرج في القانون حيث يشترط أن يكون محل الحق مادِّيًّا[5].

---

(١) المدخل للأستاذ الزرقا (٢/ ٦٢).

(٢) د. عجيل النشمي في بحثه السابق.

(٣) يراجع في تفصيل ذلك الموافقات للشاطبي (٢/ ١٧)، والمنثور للزركشي (٣/ ٢٢٢)، والأشباه للسيوطي (ص٣٢٧)، وابن عابدين (١/ ١١)، وكشاف القناع (١/ ٧٩).

(٤) الملكية للدكتور عبد السَّلام العبادي (١/ ١٩٨).

(٥) وقد برهن الدكتور السنهوري في الوسيط (٨/ ٢٧٩، ٢٨١) على أن الحقوق المعنوية ليست حق ملكية بعدة أدلة، وينتهي في الأخير إلى أنها حقوق عينية أصيلة تستقل عن حق الملكية بمقوماته الخاصة وهي كونها تقع على شيء غير مادي.

وبذلك يتبيَّن لنا أن موقف الفقه الإسلامي من هذه الحقوق يختلف عن القانون؛ لأن دائرة الملك في الشريعة أوسع منها في القانون حيث لا يشترط أن يكون محل الملك شيئاً ماديًّا معنيًّا بذاته في الوجود الخارجي، وعلى ضوء ذلك فمحل الحق المعنوي داخل في مسمى المال في الفقه الإسلامي، وذلك لأن له قيمة بين الناس ويباح الانتفاع به شرعاً فإذا قام الاختصاص به تكون حقيقة الملك قد وجدت، كما أنه لا يشترط التأبيد في المالية[١].

وقد صدر قرار من مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر في دورته الخامسة بالكويت عام ١٤٠٩هـ ـ ١٩٨٨م اعتبر الحقوق المعنوية حقوقاً مالية مصونة ويرد عليها التصرُّف في الشرعية الواردة على الملكية حيث نص على:

أوَّلاً: الاسم التجاري، والعنوان التجاري، والعلامة التجارية والتأليف، والاختراع، والابتكار هي حقوق خاصة لأصحابها، أصبح لها في العُرف المعاصر قيمة مالية لتمول الناس لها، وهذه الحقوق يعتد بها شرعاً فلا يجوز الاعتداء عليها.

ثانياً: يجوز التصرُّف في الاسم التجاري أو العنوان التجاري أو العلامة التجارية ونقل أي منها بعوض مالي إذا انتفى الغرر والتدليس والغش باعتبار أن ذلك أصبح حقًّا ماليًّا.

ثالثاً: حقوق التأليف والاختراع أو الابتكار مصونة شرعاً ولأصحابها حق التصرُّف فيها ولا يجوز الاعتداء عليها.

---

(١) يراجع لتفصيل ذلك الملكية للدكتور العبادي (١/ ١٩٦، ٢٠٣)، ود. عجيل النشمي في بحثه السابق (ص٢٢٨٤، ٢٣٠٠)، والدكتور السنهوري في الوسيط (١/ ١٠٣).

أنواع الحقوق المعنوية

للحقوق المعنوية أنواع كثيرة ذكرها القانونيين فنحن نذكرها مع بيان تأصيلها الشرعي وهي:

١ ـ الاسم التجاري أو العلامة التجارية (Trade Mark).

٢ ـ الترخيص التجاري (License).

٣ ـ الملكية الذهنية أو الأدبية والفنية (Intellectual Property).

مثل حقّ التأليف والنشر وحقّ الابتكار وحق الرسام في لوحاته الفنية المبتكرة.

ونحن نحتاج لمعرفة وجوب الزكاة في هذه الحقوق إلى أن نتصورها بعمق، ويتبين لنا هل هي أموال تتوافر فيها شروط الزكاة أم لا؟ ولا سيما أن هذه الحقوق لم تكن معروفة بهذا التوسع في عهد الفقهاء القدامى لكنهم تحدثوا عن أنواع من الحقوق وعن الاعتياض عنها حسبما كان موجوداً أو متصوراً في عصرهم، وبالأخص ما يخص الحقوق المجردة وما يجوز الاعتياض عنه وما لا يجوز حيث نستطيع من خلال ما ذكروه في هذا المجال الوصول إلى إيجاد أرضية صالحة لبيان الحكم الشرعي للأنواع المعاصرة[١].

ومن هذه الحقوق حقوق لا تثبت لأصحابها إلَّا بنص من الشارع، إذ لا مدخل للقياس فيها مثل حق الشفعة، والولاء، والوراثة، والنسب، والقصاص، والتمتع بالزوجة، والطلاق، والحضانة، والولاية، وحق المرأة في قسم زوجها لها.

---

(١) يراجع بحث الشيخ العلامة محمد تقي الدين العثماني بعنوان: بيع الحقوق المجردة، المنشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الخامسة (٣/ ٢٣٥٧)، وبحث أ. د. وهبه الزحيلي بعنوان بيع الاسم التجاري والترخيص، المنشور في المجلة السابقة ٣/ ٢٣٩٧).

(أ) **حقوق شرعت لدفع الضرر**، مثل حقّ الشفعة، وحق القسم للمرأة وحق الحضانة، وولاية اليتيم وخيار المخيرة، فهذا النوع لا يجوز الاعتياض عنها لا عن طريق البيع، ولا الصلح والتنازل بمال، وذلك لأن الحق إنما ثبت لدفع الضرر، فإذا تنازل عنه لآخر فهذا يدل على أنه لا ضرر فيه عليه[1].

(ب) **حقوق شرعت أصلية**[2] لا لدفع الضرر مثل حق القصاص، وحق تمتع الزوج وحق الإرث، وحق الولاء ونحوها.

فهذا النوع لا يجوز بيعها، حيث لا يجوز لولي قتيل أن يبيع حق الاقتصاص إلى آخر، ولا للزوج بيع حق التمتع، ولا لوارث أن يبيع حق إرثه بحيث يرث هو عوضاً عن الوارث الحقوق، وذلك لأن هذه الحقوق إنما أثبتها الشارع لأشخاص متصفين بصفات معينة شخصية، ولذلك لا تباع ولا توهب، ولا تورث[3]، ويدل على ذلك نهي النبي ﷺ عن بيع الولاء وهبته، قال ابن بطال: (أجمع العلماء على أنه لا يجوز تحويل النسب، فإذا كان حكم الولاء حكم النسب فكما لا ينتقل النسب لا ينتقل الولاء، وكانوا في الجاهلية ينقلون الولاء بالبيع وغيره فنهى الشرع عن ذلك)، وقد روي أن ميمونة وهبت ولاء سليمان بن يسار لابن عباس، وجاء عن عثمان جواز بيع الولاء، وكذا عن عروة وجاء عن ميمونة جواز هبة الولاء وكذا عن ابن عباس، قال الحافظ ابن حجر: (ولعلهم لم يبلغ الحديث)[4].

---

(١) حاشية ابن عابدين، ط دار إحياء التراث العربي بيروت (٤/ ١٤)، ويرجع بحث الشيخ العثماني بحثه السابق (ص٢٣٥٩).

(٢) الحديث رواه البخاري وصحيحه ـ مع فتح الباري ـ كتاب العتق، باب بيع الولاء وهبته (٥/ ١٦٧، ٧/ ٤٥)، ومسلم في صحيحه في العتق، باب النهي عن بيع الولاء وهبته (٢/ ١١٤٥).

(٣) فتح الباري (١٢/ ٤٤، ٤٥).

(٤) فتح الباري (١٢/ ٤٥).

غير أن هذه الحقوق السابقة يجوز الاعتياض عنها بطريق الصلح والتنازل على مال، فولي القتيل يجوز له أن يصالح القاتل على مال «الدية» في مقابل عفوه عن القصاص، بنص القرآن والسنة والإجماع له الحق في أن يصالح زوجته على مال في مقابل طلاقها عن طريق ما يسمى بالخلع، أو الطلاق على المال، وهذا ثابت بنص القرآن والسُّنَّة والإجماع.

لكن هذا الاعتياض إنما يجوز إذا كان الحق ثابتاً قائماً كما في الحقين السابقين، أما إذا كان الحق متوقعاً في المستقبل غير ثابت الحال فإن ذلك لا يجوز الاعتياض عنه مطلقاً، وذلك مثل حق الإرث في حالة حياة المورث، وحق الولاء في حياة المولي لذلك لا يجوز الصلح عليهما بالمال أيضاً، لكن إذا مات المورث أو المولي فإن ذلك الحق ينتقل إلى مال مادي في تركته فيصح بيعه، أو التنازل عن بطريق التخارج ـ كما هو معروف في علم الفرائض[1] ـ.

حقوق الانتفاع والتصرُّفات فيها:

والتصرُّفات الواردة على الانتفاع:

أمَّا النَّوع الأوَّل: التصرُّفات الواردة على منافع الإنسان: كما في إجارة الأشخاص إجارة معينة أو في الذمة، وكما في المضاربة، والمساقاة، والمزارعة، حيث العقود واردة فيها على منافع المضارب، والساقي والمزارع في الجملة، وكذلك الأمر في الشركة من حيث الجملة، يقول الزركشي: (وأما العقد على المنافع فعلى ثلاثة أقسام منها ما هو بعوض وهو الإجارة والجعالة والقراض والمساقاة والمشارة، منها ما هو بغير عوض كالوقف والشركة، والوديعة والعارية، وحفظ اللقيط، ونوعان مترددان بين هذين

---

(١) يراجع حاشية ابن عابدين (٤/ ١٤)، والشيخ العثماني بحثه السابق في المجلة (٣/ ٢٣٦٢).

القسمين، وهما الوكالة، والقيام على الأطفال فإنه تارة يكون بعوض وتارة بغير عوض، ومنها المسابقة والمناضلة وهي قسم مفرد[1]، إذ المراد تمليك المنفعة)[2].

النوع الثَّاني: التصرُّفات الواردة على منافع غير الإنسان وهي تشمل:

١ ـ الإجارة على الأعيان بكافة صورها سواء كانت معينة عند العقد، أو موصوفة في الذمة، ثمَّ التصرُّف من قبل المستأجر بتأجير العين أو إعارتها ـ كما سبق ـ.

٢ ـ وقف المنفعة والتصرُّف فيها من قبل الموقوف عليه، كما سبق بالإجارة أو نحوها[3].

٣ ـ الوصية بالمنفعة، ثمَّ تصرف الموصي له فيها ـ كما سبق ـ وإجراء عقد الإجارة عليها، أو إعارتها[4].

٤ ـ إجارة المنافع المستثناة في عقد البيع خلال الفترة نفسها[5].

٥ ـ إجارة الأرض الخراجية، قال ابن رجب: (ومنها إجارة أرض العنوة الخراجية، والمذهب صحتها، وهو نص أحمد ولكن استحب المزارعة فيها على الاستئثار)[6].

٦ ـ إعارة العارية المؤقتة إذا قيل بلزومها وملك المنفعة فيها على الخلاف السابق الذي ذكر.

---

(١) إشارات إحدى النسخ إلى أنه القسم الرَّابع المنثور (٣/ ٢٢٨).
(٢) المنثور (٣/ ٢٢٨).
(٣) القواعد لابن رجب (ص٢١٠).
(٤) المراجع السابقة نفسه.
(٥) المرجع السابق نفسه.
(٦) القواعد لابن رجب (ص٢١٠، ٢١١).

٧ ـ إجارة إقطاع الاستغلال التي موردها منتفعة الأرض، دون رقبتها حيث قال الشيخ تقي الدين: يجوز وجعل الخلاف فيه مبتدعاً، وقرَّره بأن الإمام جعله للجند عوضاً عن أعمالهم فهو كالمملوك بعوض؛ لأن إذنه في الإيجار عن عرفي فيجاز، كما لو صرح به[1].

٨ ـ إسقاط المنفعة بمقتضى العقد، حيث للمنتفع الحق في إسقاط حقه من المنفعة حسب العقد، أو بالإقالة، أو بالتعويض[2].

٩ ـ الصلح على المنافع والتنازل عنها بعوض، أو بغير عوض.

١٠ ـ جعل المنفعة مهراً حيث هو جائز ـ كما سبق ـ.

١١ ـ بيع المنافع، أو الاعتياض عنها سمى الفقهاء الحنفية حقوق الاتفاق بالحقوق المجردة، والمشهور عندهم أن هذه الحقوق لا يجوز بيعها، ولكن الاعتياض عنها في حين أن بقية الفقهاء أطلقوا جواز بيعها على تفصيل نذكره.

وسبب الخلاف في هذا: يعود إلى تعريف البيع عند الفريقين حيث خصص الحنفية البيع بمبادلة المال ـ أي: الأعيان دون المنافع ـ بالعين، وأما الجمهور، وبالأخص الشافعية والحنابلة فتعريف البيع عندهم شامل لبيع المنفعة على التأبيد، قال البيضاوي: البيع تمليك عين أو منفعة على التأبيد بعوض مالي[3]، وقال الخطيب بعد ذكر هذا التعريف: (فدخل بيع حق الممر ونحوه، وخرجت الإجارة بقيد التأبيد فإنها ليست بيعاً)[4].

---

(١) المرجع نفسه.

(٢) يراجع لمزيد من التفصيل الموسوعة الفقهية الكويتية (١٨/ ٢٩).

(٣) الغاية القصوى للبيضاوي بتحقيق د. علي القره داغي (١/ ٤٥٥)، والمبدع ط المكتب الإسلامي (٤/ ٤).

(٤) مغني المحتاج (٢/ ٣)، والغاية القصوى (١/ ٤٦٠).

وعرف الحنابلة البيع بأنه مبادلة عين مالية، أو منفعة مباحة مطلقاً، بأن لا يختص إباحتها بحال دون آخر كممر دار، أو بقعة لتحفر بئراً، بأحدهما؛ أي: عين مالية، أو منفعة مباحة مطلقاً[1]، وذكر ابن قدامة جواز الاعتياض عن فتح الباب والنافذة وحفر البئر في الطريق بعوض[2]، والمالكية أيضاً أجازوا بيع حق التعلي، وحق غرز الخشب على الجدار، يقول الدردير: (وجاز بيع هواء ـ بالمد ـ أي: فضاء فوق هواء بأن يقول شخص لصاحب أرض بعني عشرة أذرع مثلاً فوق ما ثبته بأرضك (إن وصف البناء) الأسفل والأعلى لفظاً أو عادة للخروج من الجهالة والغرر، ويملك الأعلى جميع الهواء الذي فوق بناء الأسفل، وعلَّق الدسوقي عليه فقال: (وأما هواء فوق أرض كأن يقول إنسان لصاحب الأرض: بعني عشرة أذرع من الفراغ الذي فوق أرضك، أبني فيه بيتاً فيجوز، ولا يتوقف الجواز على وصف البناء، إذ الأرض لا تتأثر بذلك، ويملك المشتري باطن الأرض)، ثمَّ قال الدردير: (وجاز عقد على غرز جذع؛ أي: جنسه فيشمل المتعدد في حائط الآخر بيعاً أو إجارة، وهو مضمون؛ أي: لازم البقاء محمول على التأبيد فيلزم البائع، أو وارثه أو المشتري منه إعادة الحائط إن هدم، ويستمر ملك موضع الجذع للمشتري، أو وارثه، وأما إن حصل خلل في موضع الجذع فإصلاحه على المشتري، إذاً لا خلل في الحائط (إلا أن يذكر العاقد حين العقد مدة معينة لذلك فإجارة تنفسخ بانهدامه)[3].

وقال المواق: (ويجوز في قول مالك شراء طريق في دار رجل وموضع

---

(١) انظر: شرح منتهى الإرادات (٢/ ١٤٠)، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرادوي (٤/ ٢٦٠).

(٢) المغني لابن قدامة (٥/ ٣٦).

(٣) الشرح الكبير للدردير على مختصر خليل مع حاشية الدسوقي (٣/ ١٤، ١٥)، ويراجع شرح الخرشي (٥/ ٤).

جذوع من حائط يحملها عليه إذا وصفها)[1]، وفي المدونة تصريح بجواز بيع الشرب[2]، وصرح الزرقاني بأن بيع المنفعة من أقسام البيوع[3]، أما الحنفية فتعريف البيع عندهم هو مبادلة المال بالمال، والمال عند متقدميهم هو العين دون المنفعة، كما سبق وصرحوا كذلك بعدم جواز بيع المنافع والحقوق المجردة[4]، ولكن لديهم تفصيل في بعضها حيث اختلفوا في بيع حق المرور على روايتين إحداهما رواية الزيادات وهي عدم الجواز، والأخرى رواية كتاب القسمة وهي الجواز، قال ابن عابدين: (وبه أخذ عامة المشايخ). قال السائحاني: (وهو الصحيح وعليه الفتوى)[5]، وأما حق التعلي فلا يجوز بيعه وكذلك حق المسيل لا يجوز بيعه عندهم[6]، وكذلك اختلفوا في بيع حق الشرب، حيث أن الظاهر الرواية أنه لا يجوز، ولكنه جوزه كثير من المشايخ بناء على العرف، يقول الإمام السرخسي: (بيع الشرب فاسد، فإنه من حقوق المبيع بمنزلة الأوصاف، فلا يفرد بالبيع ثمَّ هو مجهول في نفسه غير مقدور التسليم؛ لأن البائع لا يدري أيجري ماء أم لا، وليس في وسعه إجراؤه)، قال: (وكان شيخنا الإمام يحكي عن أستاذه أنه كان يفتي بجواز بيع الشرب بدون الأرض، ويقول: هو عرف ظاهر في ديارنا (بنسف) فإنهم يبيعون الماء)[7].

---

(١) التاج والإكليل للمواق وبهامش الحاب (٤/ ٢٧٥).

(٢) المدونة الكبرى (١٠/ ١٢١).

(٣) حيث قال في الشرح الزرقاني على الموطأ (٣/ ٢٥٠): (البيوع جمع بيع، وجمع لاختلاف أنواع كبيع العين، وبيع الدين، وبيع المنفعة).

(٤) يراجع بحث الشيخ تقي العثمان بيع الحقوق المجردة، بحث قدم إلى مجمع الفقه الإسلامي في دورته الخامسة عام ١٩٨٨م.

(٥) حاشية ابن عابدين (٤/ ١٣٢)، وفتح القدير مع شرح العناية (٥/ ٢٠٤، ٢٠٦).

(٦) فتح القدير مع شرح العناية على الهداية (٥/ ٢٠٤).

(٧) المبسوط (١٤/ ١٣٥، ١٣٦).

الاعتياض عنها عن طريق الصلح:

ذكر العلامة خالد الأتاسي شارح المجلة أنه إذا كانت الحقوق المجردة لا يجوز بيعها عند الحنفية فإنهم يجيزون الاعتياض عنها عن طريق الصلح حيث قال: (وعلى ما ذكروه من جواز الاعتياض عن الحقوق المجردة بمال ينبغي أن يجوز الاعتياض عن حق التعلي، وعن حق الشرب، وعن حق المسيل بمال؛ لأن هذه الحقوق لم تثبت لأصحابها لأجل دفع الضرر عنهم، بل ثبت لهم ابتداء بحق شرعي)[1].

الخلاصة: أن المنافع يجوز بيعها عند الجمهور، على ضوء التفصيل السابق، وأن الحنفية لم يجيزوا بيع المنافع المجردة، وإن اختلفوا في بعضها، فأجازوا بيع بعضها ما دام ذلك ثابتاً في الحال لصاحبه أصالة، وقابلاً للانتقال ومنضبطاً بالضبط، وجرى به عرف التجاري[2]، وقد سبق ذكرنا قرار مجمع الفقه الإسلامي في دورته الخامسة القاضي بجواز التصرُّف في الاسم التجاري، أو العنوان التجاري أو نحو ذلك بالبيع ونحوه.

الخلاصة:

إنَّ العُرف له دور كبير في تمول الأشياء، وبالتالي جواز بيعه، أو نقله، أو الاعتياض عنه، ولذلك نرى أن جمهور الفقهاء (المالكية والشافعية والحنابلة) أجازوا بيع حقوق الانتفاع على التفصيل السابق، وحتى الحنفية الذين منعوا ذلك من حيث المبدأ عاد متأخروهم فأجازوا بيع بعضها بناء على أن الأعراف جعلتها ذات قيمة تعامل بها الناس تعامل الأموال العينية.

ويستفاد كذلك مما سبق أن أهمّ الضوابط للتصرف في هذه الحقوق في ما يأتي:

---

(١) شرح المجلة للأتاسي (٢/ ١٢١).

(٢) الشيخ تقي العثمان بحثه السابق.

١ ــ أن يكون الحق ثابتاً في الحال، لاحقاً متوقفاً في المستقبل.

٢ ــ أن يكون ثابتاً لصاحبه أصالة، لا لمجرد دفع الضرر عنه فقط.

٣ ــ أن يكون قابلاً للانتقال من شخص إلى آخر.

٤ ــ أن يكون منضبطاً لا يترتب عليه غرر أو جهالة فاحشة.

٥ ــ أن يكون في العرف مما يجري مجرى الأموال في التداول والقيمة[١].

حقوق الاختصاص والسبق

الاختصاص في عرف الفقه الإسلامي يراد به أن يختص شخص بمقعد من مقاعد السوق المباحة إذا وضع سلعته فيه، وحينئذ يقال: إنه اختص به دون غيره فليس لأحد مزاحمته قال ابن رجب: (هو عبارة عما يختص مستحقه بالانتفاع به، ولا يملك أحد مزاحمته، وهو غير قابل للتمول والمعاوضات)[٢].

والفرق بين ملك المنفعة والاختصاص أن الاختصاص أوسع من الملك حيث يشمل ما لا يقبل الملك شرعاً أيضاً مثل الاختصاص للجلد النجس، والكلب، وما يقبل الملك ولم يتملك مثل التحجير في إحياء الموات[٣].

وقد ذكر العز بن عبد السَّلام ثمانية أنواع من الاختصاص وهي الاختصاص بإحياء الموات وبالتحجر، والإقطاع، وبالسبق إلى تبعض المباحات، وإلى مقاعد الأسواق، وبمقاعد المساجد للصلاة، والعزلة،

---

(١) الشيخ تقي العثمان بحثه السابق (٣/ ٢٣٧٢)، ويراجع الحطاب (٥/ ٤١٧)، وحاشية الدسوقي (٤/ ٩، ١١)، والمهذب (١/ ٤١٠)، ومنتهى الإرادات (٢/ ٣٦١)، وحاشية ابن عابدين (٥/ ١٨)، والفتاوى الهندية (٤/ ٤٢٥).

(٢) قواعد ابن رجب (ص١٩٢).

(٣) المنثور من القواعد للزركشي ط الكويت (٣/ ٢٣٤).

والاعتكاف، وبالسبق إلى المدارس والربط، والأوقاف، وبمواقع النسك، كالمطاف والمسعى وبالخانات المسبلة في الطرقات وبالكلاب، والمحترم من الخمور[1].

لكن الفقهاء اختلفوا في اعتبار بعض الأشياء من قبيل الملك، أو الاختصاص مثل الكلب حيث ذهب الحنفية إلى أنه مال مملوك خلافاً للجمهور[2]، وما ذكره فقهاء الحنابلة حول الاختصاص لا يختلف كثيراً عما سبق، حيث قال ابن رجب: (حق الاختصاص، وهو عبارة عما يختص مستحقه بالانتفاع به، ولا بملك أحد مزاحمته فيه، وهو غير قابل للتمول، والمعاوضات)، ثمَّ ذكر صوراً مثل الكلب المباح اقتناؤه، والأدهان المتنجسة المنتفع بها بالإيقاد، وغيره، وجلد الميتة المدبوغ، ومنها مرافق الأملاك كالطرق، والأفنية، ومسيل المياه ونحوها، هل هي مملوكة، أو يثبت فيها حق الاختصاص، وفي المسألة وجهان:

أحدهما: ثبوت حق الاختصاص فيها من غير ملك، وبه جزم القاضي، وابن عقيل.

والوجه الثَّاني: الملك، وصرح به الأصحاب في الطرق وجزم به في الكل صاحب المغني، وأخذه من نص أحمد. (وعلى هذا تخرج عن الاختصاص)، ومنها مرافق الأسواق، ومنها الجلوس في المساجد[3].

---

(١) قواعد الأحكام (٢/ ٨٦)، والخمر المحترمة هي العصير الذي أريد أن يتخلل، ولكنه يتخمر، ثمَّ يتحول إلى الخل.

(٢) يراجع المنثور من القواعد للزركشي (٣/ ٢٣٤)، والملكية للدكتور العبادي (١/ ١٦٠ ـ ١٦٦)، ويراجع بدائع الصنائع (٥/ ٣٤١)، وحاشية الدسوقي (٣/ ١١)، والغاية القصوى (١/ ٤٦٠)، وحاشية قليوبي وعميرة (٣/ ٩٢ ـ ١٨٠)، والمغني لابن قدامة (٤/ ١٨٩ ـ ١٩٠).

(٣) القواعد لابن رجب (ص٢٠٤ ـ ٢٠٥).

والحنفية وإن كانوا لا يستعلمون مصطلح «الاختصاص» غالباً، وإنما يستعملون مصطلحي «الحق» و«الاستحقاق» لكنهم لا يكادون يختلفون في الفروع عما سبق عن غيرهم مثل القطاع والأسواق ونحوها[1].

وقد اختلف الفقهاء في بيع الأسبقية في التحجير ـ بعد اتفاقهم على أن التملك لا يتم إلَّا بإحياء الأرض ـ فذهب بعض الشافعية ـ إلى جوازه بناء على بيع حق الاختصاص حيث ذكر الخطيب الشربيني أن أبا إسحاق حينما أجاز بيع هذا الحق بكونه بيع حق الاختصاص كبيع غلو البيع للبناء والسكنى دون أسفله[2].

وإلى هذا ذهب وجه للحنابلة، قال ابن قدامة: (فإن باعه لم يصح بيعه؛ لأنه لم يملكه فلم يملك بيعه كحق الشفعة قبل الأخذ، وكمن سبق إلى معدن، أو مباح قبل أخذه، قال أبو الخطاب: ويحتمل جواز بيعه؛ لأنه له)[3]، وصار أحق به وقال المرداوي: (ومن تحجر مواتاً لم يملكه وهو أحق به وليس له بيعه، وهو المذهب وقيل: يجوز له بيعه، وهو احتمال لأبي الخطاب، وأطلقهما في المحرر، والرعايتين، والحاوي الصغير)[4].

---

(١) وقد استعمل الكاساني «الاختصاص» أيضاً فقال بخصوص بيع الكلب: (ولنا أن الكلب مال فكان محلًّا للبيع كالصقر والبازي، والدليل على أنه مال أنه منتفع به حقيقة مباح الانتفاع به شرعاً على الإطلاق)، ثمَّ قال: (لأن شرعه يقع سبباً ووسيلة للاختصاص القاطع للمنازعة). انظر: بدائع الصنائع للكاساني، ط زكريا يوسف بالقاهرة (٦/ ٣٠٠٦).

(٢) مغني المحتاج شرح المنهاج (٢/ ٣٦٧)، ونهاية المحتاج للرملي (٥/ ٣٣٦).

(٣) المغني لابن قدامة (٥/ ٥٦٩)، والكافي (٢/ ٤٩٢).

(٤) الإنصاف (٦/ ٣٧٣ ـ ٣٧٤).

وجمهور الفقهاء على عدم جواز بيعه لعدم تحقق الملكية ولأن المتحجر ثبت له الحق في التملك فقط، وهو لا يباح كحق الشفعة[(١)]، ولكنهم أثبتوا به حق الأوَّلوية وأجازوا به نقل هذا الحق عن طريق التوارث، كما أجاز جمهورهم الاعتياض عنه عن طريق الصلح، جاء في النهاية: (ومن شرع في رغم إحياء ولم يتمه كحفر الأساس، أو علم على بقعة بنصب أحجار أو خط خطوطاً، فمتحجر عليه؛ أي: مانع لغيره منه بما فعله بشرط كونه بقدر كفايته، وقادراً على عمارته حالًّا، وحينئذ هو أحق به من غيره اختصاصاً، لا ملكاً)[(٢)]، وجاء في تكملة المجموع: (وإن مات انتقل إلى وارثه؛ لأنه حق تملك ثبت له فانتقل إلى وارثه كالشفعة)[(٣)].

قال ابن قدامة: (وإن تحجر ـ مواتاً ـ وهو أن يشرع في إحيائه لم يملكها بذلك؛ لأن الملك بالإحياء، وليس هذا إحياء لكن يصير أحق الناس به، لأنه روي عن النبي ﷺ أنه قال: «**من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو أحق به**»[(٤)]، فإن نقله إلى غيره صار الثَّاني بمنزلته، وأن صاحبه أقامه مقامه، وإن مات فوارثه أحق به، لقول النبي ﷺ: «**من ترك حقًّا أو مالاً**

---

(١) يراجع: المصادر السابقة، بحث الشيخ تقي العثماني (٣/ ٢٣٧٤).
(٢) نهاية المحتاج (٥/ ٣٣٦).
(٣) تكملة المجموع للشيخ المطيعي (١٤/ ٤٧١).
(٤) الحديث رواه أبو داود بلفظ: (فهو له)، وأما بلفظ: (فهو أحق به)، فهو في حديث آخر بلفظ: «من أحق به» رواه أبو داود الحديث رقم (٣٠٧٧)، والبيهقي (٦/ ١٤٢)، وأحمد (٥/ ١٢ ـ ٢١)، وأما الحديث الأوَّل فرواه أبو داود الحديث (١٠٧١)، والبيهقي (٦/ ١٤٢)، والطبراني في المعجم الكبير (١/ ٧٦)، وقال الألباني في أرواء الغليل: حديث ضعيف (٦/ ٩)، وقال: إن النص الذي ذكره المصنف وهم فيه.

فهو لورثته»[1]، ثمَّ ذكر ابن قدامة بأن حكم إقطاع الإمام حكم التحجر فيما سبق[2].

حق البقاء بسبب العقد، والتنازل عنه

ذكر فقهاؤنا عدَّة مسائل يجمعها هذا العنوان[3]، منها مسألة خلو الدور والحوانيت الذي يأخذه المستأجر في مقابل التنازل عن استمرارية عقد إجارته، ومنها حق الوظائف السلطانية، أو الوقفية، حيث يتنازل الموظف، أو الناظر لآخر في مقابل مبلغ معين، فقد تحدث الفقهاء عن هاتين المسألتين فاتفقوا على عدم جواز الاعتياض عن طريق البيع، واختلفوا في الاعتياض عن طريق التنازل والصلح.

أوَّلاً: الخلو والتصرُّف فيه:

وقد عرض هذا الموضوع على مجمع الفقه المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورته الرَّابعة عام ١٤٠٨هـ، وقدمت فيه عدَّة بحوث، وصدر عنه قرار هذا نصه:

---

(١) الحديث ورد بلفظ: (ومن ترك مالاً فهو لورثته) رواه البخاري ومسلم وغيرهما، وبلفظ: (ومن ترك ديناً، أو ضياعاً فليأتيني)، رواه البخاري وغيره، وبلفظ: (من ترك كلاً أو ضياعاً فإلي) رواه البخاري ومسلم، ولم أره بلفظ: «حقًّا»، ومع ذلك قال الألباني (٥/ ٢٥٨): حديث «مَن ترك حقًّا» صحيح وهو من حديث أبي هريرة ولكن الحديث الذي ذكره ليس فيه «حقًّا»، وإنما بلفظ: «فمن توفي وعليه دين فعلي قضاؤه»، و«مَن ترك مالاً»، وكذلك قال في (٦/ ١١): (صحيح وهو من حديث جابر)، وهو أيضاً ليس فيه «حق» وإنما بلفظ: «مَن ترك ديناً فعلي، ومَن ترك مالاً فلورثته». انظر: الإرواء (٥/ ٢٤٩)، ويراجع صحيح البخاري (٢/ ٦٠ _ ٣/ ٤٩٠)، ومسلم (٥/ ٦٢)، وأبو داود الحديث (٣٣٤٣)، والنسائي (١/ ٢٧٨ _ ٢٧٩).

(٢) المغني لابن قدامة (٥/ ٥٦٩ _ ٥٧٠).

(٣) اختار فضيلة الشيخ تقي العثماني في بحثه السابق (٣/ ٢٣٧٤٣).

أوَّلاً: تنقسم صور الاتفاق على بدل الخلو إلى أربع صور هي:

١ ـ أن يكون الاتفاق بين مالك العقار وبين المستأجر عند بدء العقد.

٢ ـ أن يكون الاتفاق بين المستأجر وبين المالك وذلك في أثناء مدة عقد الإجارة أو بعد انتهائها.

٣ ـ أن يكون الاتفاق بين المستأجر وبين مستأجر جديد، في أثناء مدة عقد الإجارة أو بعد انتهائها.

٤ ـ أن يكون الاتفاق بين المستأجر الجديد وبين كل من المالك والمستأجر الأوَّل قبل انتهاء المدة، أو بعد انتهائها.

ثانياً: إذا اتفق المالك والمستأجر على أن يدفع المستأجر للمالك مبلغاً مقطوعاً زائداً عن الأجرة الدورية (وهو ما يسمى في بعض البلاد خلو)، فلا مانع شرعاً من دفع هذا المبلغ المقطوع على أن يعد جزءاً من أجرة المدة المتفق عليها، وفي حالة الفسخ تطبق على هذا المبلغ أحكام الأجرة.

ثالثاً: إذا تم الاتفاق بين المالك وبين المستأجر أثناء مدة الإجارة على أن يدفع المالك أو المستأجر مبلغاً مقابل تخليه عن حقه الثابت بالعقد في ملك منفعة بقية المدة، فإن بدل خلو هذا جائز شرعاً. لأنه تعويض عن تنازل المستأجر برضاه عن حقه في المنفعة التي باعها للمالك.

أما إذا انقضت مدة الإجارة، ولم يتجدد العقد صراحة أو ضمناً عن طريق التجديد التلقائي حسب الصيغة المفيدة له، فلا يحل بدل الخلو؛ لأن المالك أحق بملكه بعد انقضاء حق المستأجر.

رابعاً: إذا تم الاتفاق بين المستأجر الأوَّل وبين المستأجر الجديد أثناء مدة الإجارة على التنازل عن بقية مدة العقد لقاء مبلغ زائد عن الأجرة الدورية، فإن بدل الخلو هذا جائز شرعاً، مع مراعاة مقتضى عقد الإجارة المبرم بين المالك والمستأجر الأوَّل، ومراعاة ما تقضي به القوانين النافذة الموافقة للأحكام الشرعية.

على أنه في الاجارات الطويلة المدة خلافاً لنص عقد الإجارة طبقاً لما تسوغه بعض القوانين لا يجوز للمستأجر إيجار العين لمستأجر آخر، ولا أخذ بدل الخلو فيها إلّا بموافقة المالك.

أما إذا تم الاتفاق بين المستأجر الأوَّل وبين المستأجر الجديد بعد انقضاء المدة فلا يحل بدل الخلو، لانقضاء حق المستأجر في منفعة العين)[1].

ثانياً: حقّ الاستمرار في الوظائف والتنازل عنها بمال:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة، فالمتقدمون، أو جمهورهم على منع ذلك، وإجازة جماعة من المتأخرين، فذكر ابن عابدين جوازه وأطال فيه النفس، ودافع عنه وبيَّن أن المانعين قاسوه على حق الشفعة، ولكن هذا القياس مع الفارق؛ لأن حق الشفعة إنما شرع لدفع الضرر، والحقوق المشروعة لدفع الضرر لا يجوز الاعتياض عنها، أما حق الوظيفة فحق ثابت لصاحبه أصالة، فلا يحرم الاعتياض عنه كما في حق القصاص، ثمَّ ذكر بأن المفتي أبا سعود أفتى بجواز أخذ العوض في حق القرار، والتصرُّف، وعدم صحة الرجوع، (وبالجملة فالمسألة ظنية والنظائر متشابهة، وللبحث فيها مجال وإن كان الأظهر فيها ما قلنا، فالأولى ما قاله في البحر من أنه ينبغي الإبراء العام بعده) لكن الحنفية أقروا بأن الوظيفة لا تثبت للمتنازل له إلّا بعد تقرير القاضي (أو من بيده الوظيفة)، (وأنه لا ينعزل بمجرد عزل نفسه خلافاً للعلامة قاسم بل لا بدّ من تقرير القاضي المفرغ له لو أهلاً، وأنه لا يلزم القاضي تقريره ولو أهلاً)[2].

---

(١) حاشية ابن عابدين، ط دار إحياء التراث العربي ببيروت (٤/ ١٤ ـ ١٥).

(٢) نهاية المحتاج (٥/ ٤٧٨)، والجوامك جمع الجامكية، وهي مبلغ معلوم يقرر لرجل كعطاء من بين المال. والحنفية لم يجيزوا بيعها لأنها من بيع الدين من غير من عليه الدين. انظر: حاشية ابن عابدين (١/ ٤١٧).

وكذلك أفتى بعض متأخري الشافعية بذلك فقال العلامة الرملي: (وأفتى الوالد ـ رحمه الله ـ بحل النزول عن الوظائف بالمال؛ أي: لأنه من أقسام الجعالة فيستحقه النازل ويسقط حقه)، ووافقه الشبراملسي في حاشيته، وفرع عليه جواز النزول عن الجوامك بمال أيضاً غير أنه قيَّده بوظائف الأوقاف الدائمة، وأما الوظائف الحكومية التي لا دوام فيها فلا يجوز الاعتياض عنها)[١]، والأمر كذلك في المذهب الحنبلي حيث ذكر البهوتي أنه يجوز النزول عنها بعوض لا على وجه البيع قياساً على الخلع[٢]، والمالكية أجازوا بيع الجامكية[٣].

والخلاصة: أن المتأخرين أجازوا التنازل عن هذه الوظائف عن طريق الصلح على مال ولم يجيزوا بيعها، ويثور هنا السؤال عن الفرق بينهما؟

والجواب عن ذلك أن البيع ينقل إلى المشتري محل العقد المبيع، وأما التنازل فلا ينقل الملك إلى النزول له وإنما يسقط النازل حقه، وتكمن الفائدة في حق النزول له في أن هذا التنازل قد أسقط مزاحمة النازل له[٤]، وقد بيَّن القرافي والفروق بين قاعدة النقل وقاعدة الإسقاط بأن الأولى تنقل الملكية بعوض أو بغير عوض إلى آخر، أما الإسقاط فهو إما بعوض كالخلع، والعفو على مال والصلح على الدين فجميع هذه الصور يسقط فيها الثابت، ولا ينتقل إلى الباذل ما كان يملكه المبذول له من العصمة وأما بغير عوض كالإبراء من الدُّيون والقصاص والتعزير وحد القذف والطلاق فجميع هذه الصور يسقط فيها الثابت ولا ينتقل لغير الأوَّل[٥].

---

(١) حاشية الشبراملسي على النهاية (٦/ ٤٧٨).

(٢) شرح منتهى الإرادات (٢/ ٤٦٤).

(٣) مواهب الجليل للحطاب (٤/ ٢٢٤).

(٤) الشيخ العثماني بحثه السابق (٣/ ٢٣٧٧).

(٥) تهذيب الفروق والقواعد السنية بهامش الفروق للقرافي (٢/ ١٣٥ ـ ١٣٦)، والفروق (٢/ ١١٠).

الحق في التملك والفرق بينه وبين حق الملك

وبالنظر في عبارات الفقهاء حول الحقوق والملكية نجد أن هناك فرقاً بين الحق في تملك عين أو منفعة، وحق ملكها، أو بعبارة أخرى هناك فرق بين الحق في التمكن، وحق التمكن، فالثَّاني هو الملكية، وأما الأوَّل فهو مجرد حق، لا يترتب عليه الملكية ـ على رأي الجمهور ـ وذلك مثل حق الشفعة، وحق الفقراء في بيت المال، وحق الناس في الماء والكلأ والنار (الإباحة العامة)، وحق الضيافة فهذه مجرد حقوق لا يتحقق الملكية فيها إلَّا بعد تحقق سبب من أسباب الملكية كالحيازة، أو الاستهلاك أو نحوها.

ولكن خلاف الفقهاء في هذه الصور قائم على أساس: هل الحق فيها حق ملك أو حق تملك[1] ـ كما سيأتي ـ:

ثمَّ إن الحقوق أعم من الملكية، حيث هي خاصة بالأموال في حين أن الحقوق تشملها وغيرها من حقوق النكاح والحضانة وغيرهما، وقد لخص العلامة ابن رجب الحقوق المتعلقة بالمال في خمسة أنواع نذكرها بإيجاز وهي:

أحدها: حق ملك كحق السيد في مال المكاتب، ومال القن إذ قلنا: يملك بالتمليك، وما يمتنع إرثه لمانع كالتركة المستغرقة بالدين في رواية، وكالمحرم إذ مات مورثه وفي ملكه صيد على أظهر الوجهين.

الثَّاني: حقّ تملُّك كحقّ الأب في مال ولده، وحق العاقد للعقد إذا وجب له، وحق العاقد في عقد يملك فسخه ليعيد ما خرج عنه إلى ملكه مع

---

(١) يراجع: الفروق للقرافي حيث ناقش هذه المسألة (٣/ ٩٢٠ ـ ٩٢١)، وتهذيب الفروق (٣/ ٣٤ ـ ٣٥)، وحاشية ابن الشاط على الفروق (٣/ ٢١٣ ـ ٢١٤)، والملكية للدكتور العبادي (١/ ١٥٧).

أن فيه ذا شائبة من حق الملك، وحق الشفيع في الشقص. وههنا صور مختلف فيها:

ـ منها: حق المضارب في الربح بعد الظهور وقبل القسمة وفيه روايتان: أحدهما: أنه يملكه بالظهور، والثَّانية: لم يملكه وإنما ملك أن يتملكه، وهو حق متأكد لو مات ورث عنه، ولو أتلف المالك المال غرم نصيبه، وكذلك الأجنبي.

ـ ومنها: حقّ الغانم في الغنيمة قبل القسمة وفيه وجهان.

ـ ومنها: حقّ الزوج في نصف الصداق إذا طلق قبل الدخول: هل يثبت له فيه الملك قهراً، أو يثبت له حق التملك فلا يملك بدونه فيه وجهان، والأوَّل هو المنصوص.

ـ ومنها: حقّ الملتقط في اللقطة بعد حول التعريف، وفيه وجهان:

أشهرهما: أن يثبت له الملك بغير اختياره والثَّاني لا يدخل حتى يختار.

ـ ومنها: الموصى له بعد موت الموصي، وفيه وجهان: أحدهما: أنه يثبت له الملك والثَّاني، إنما يثبت له حق التملك بالقبول وهو المشهور عند الأصحاب.

ـ ومنها: من نبت في أرضه كلأ أو نحوه من المباحات، أو توحل فيها صيد، أو سمك أو نحوه، فهل يملكه بذلك؟ في المسألة روايتان، وأكثر النصوص عند أحمد: يدل على الملك، وعلى الرواية الأخرى: إنما يثبت حق التملك وهو مقدم على غيره.

ـ ومنها: متحجر الموات، المشهور أنه لا يملكه بذلك، ونقل صالح عن أبيه ما يدل على أنه يملكه، وعلى الأوَّل فهو أحق بتملكه بالأحياء.

هذا كله فيما العقد له سبب التملك، وصار التملك واقفاً على اختياره، فأما إن ثبت له رغبة في التملك ووعد به، ولم ينعقد السبب كالمستام والخاطب إذا ركن إليهما فلا يجوز مزاحمتها أيضاً.

ثالثاً: حق الانتفاع: كما سبق.

رابعاً: حق الاختصاص: كما سبق.

خامساً: حق التعلق لاستيفاء الحق:

ـ منها حق المرتهن بالرهن، ومعناه أن جميع أجزاء الرهن محبوس لكل جزء من الدين حتى يستوفي جميعه.

ـ ومنها تعلق حق الجناية بالجاني، ومعناه أن حقه انحصر في ماليته، وله المطالبة بالاستيفاء منه، ويتعلق الحق بمجموع الرقبة، لا بقدر الأرش على ظاهر كلام الأصحاب.

ـ ومنها تعلق حق الغرماء بالتركة هل يمنع انتقالها بالإرث؟ على روايتين، وهل هو كتعلق الجناية أو الرهن؟ اختلف كلام الأصحاب في ذلك.

ـ ومنها تعلق حق الموصى له بالمال، هل يتبع الانتقال إلى الورثة؟ جعل طائفة من الأصحاب حكمه حكم الدين وجزم القاضي في خلافه بعدم انتقاله إلى الورثة؟ جعل طائفة من الأصحاب حكمه حكم الدين وجزم القاضي في خلافه بعدم انتقاله إلى الورثة مفرقاً بين الدين والوصية بأن حق الموصى له في عين التركة، ولا يملك الورثة إبدال حقه، بخلاف الدين فإن حق صاحبه في التركة والذمة، وللورثة التوفية من غيره.

ـ ومنها تعلق الزكاة بالنصاب: هل هو تعلق شركة أو ارتهان، أو تعلق الاستيفاء كالجناية؟ اضطرب كلام الأصحاب.

ـ ومنها تعلق حق غرماء المفلس بما له بعد الحجر وهو تعلق استحقاق الاستيفاء منه. ومنها تعلق ديون الغرماء بمال المأذون له. ومنها تعلق حقوق الفقراء بالهدي والأضاحي المعينة حيث يقدمون بما يجب صرف إليهم منها على الغرماء...[1].

فهذه ـ على القول بأنها ملكة ـ كلها تدخل ضمن الملكية الناقصة التي تسع ذلك كله، وإن كان بعضها أقوى من بعض، وإن بعضها يقترب من الملكية التامة، والآخر يصل إلى درجة لا يتصل به إلى الملكية إلَّا بخيط أوهن من خيط العنكبوت.

وأما على القول الثَّاني بأنها لم يملكها أصحابها تدخل في الحق المؤكد في التملك والأوَّلوية، فمثلاً المضارب بعد ظهور الربح على القول بأنه لم يملكه ثبت له حق مؤكد في تملكه، لكنه حق قوي حتى لو مات ورث عنه، وهكذا حق الغانم ونحوه. وهو بهذا المعنى والاعتبار لا يدخل في حق المنفعة أو المنفعة أو الانتفاع وإنما في الحق في التملك وهو حينئذ غير الملكية وحق الملك.

درجات أربع متدرجة في الحقوق المالية:

ظهر لنا فيما سبق أن هناك فرقاً بين حق الملك والحق في الملكية والتملك، ونود أن نبين أن هناك أربع درجات متفاوتة تصاعديًّا، وهي:

١ ـ الحق في التملك أو الحق المباح وهو ثابت في المباحات العامة، لكن الملكية لا تثبت إلَّا بالحيازة أو نحوها، وهو أضعف الحقوق بالنسبة للتملك.

---

(١) القواعد لابن رجب (ص٢٠٠ ـ ٢٠٨).

٢ ـ الحق الواجب، أو الحق الثابت، وهو أقوى من الحق في التملك وأضعف مما يليه، وهو الحق الثابت للقابل بعد ورود الإيجاب حيث أصبح له الخيار بين قبول الإيجاب في مجلس العقد فيصبح مالكاً أو رفض الإيجاب، وهذا الأمر لا يتوافر لصاحب الحق في التملك، وهذا في التملك الاختياري.

ومثال الحق الواجب أو الثابت في التملك الجبري: هو الغنيمة والشفعة، قال ابن عابدين: (والحاصل كما في الفتح عن المبسوط أن الحق يثبت عندنا بنفس الأخذ، ويتأكد بالإحراز، ويملك بالقسمة، وما دام الحق ضيفاً لا يجوز القسم، قلت: وهذا كله إذا لم يظهر عسكرنا على البلد، فلو ظهروا عليها وصارت بلد إسلام، وصارت الغنيمة محرزة بدارنا، ويتأكد الحق فتصح القسمة)[١].

ويستوي الحقان السابقان في أن كلًّا منهما حق ضعيف مجرد عن الملك، وأنه لا يباع، ولا يورث عند الحنفية، ولا يضمن عند الإتلاف، ولكنهما يختلفان في أن الحق الواجب تعلق بشيء معين ولو في الجملة، وتحقق له شيء من أسباب الملك، في حين أن الحق المباح، أو الحق في التملك لم يتحقق له شيء من ذلك أيضاً أن الحق الواجب (الثابت) ينتقل إلى الورثة عند جماعة من الفقهاء ـ منهم المالكية ـ في حين أن الحق في التملك لا ينتقل[٢].

٣ ـ الحق المؤكد وهو حق استقر في عين منفعة لم تملك بعد وإن كان لصاحبه نوع ملك في الجملة، وله حق المطالبة بالقسمة، ويسمى الحق المستقر؛ لأن من عليه الحق لا يقدر على إبطاله بل يجب عليه تسليمه، وإذا أمتن أجبره القاضي على ذلك.

---

(١) حاشية ابن عابدين (٤/ ١٤١).
(٢) الموسوعة الفقهية (١٨/ ٤٢ ـ ٤٤).

وذلك مثل أموال الغنيمة بعد إحراز المسلمين لها مطلقاً عند الجمهور، وبعد وصولها دار الإسلام عند الحنفية، حيث الحق قد تأكد واستقر بعد هذا الإحراز[1]، ومثل التحجير في أرض الموات[2].

وهذا الحق أقوى من سابقيه حيث يضمن عند الإتلاف وأنه يورث، وأنه مختص بصاحبه، وله الحق في المطالبة، قال القرافي: (إذا حيزت الغنيمة فقد انعقد للمجاهدين سبب المطالبة بالقسمة والتمليك، فهل يعدون مالكين لذلك أم لا؟ قولان: فقيل: يملكون بالحوز والأخذ وهو مذهب الشافعي، وقيل لا يملكون إلَّا بالقسمة وهو مذهب مالك وأبي حنيفة)[3].

والظاهر أن الملكية في الجملة تثبت بإحراز الغنائم، وإنما الخلاف في الملكية الكاملة، قال القرافي: (إذا قلنا: انعقد له سبب يقتضي المطالبة بالتمليك فهو مناسب لأن يعد مالكاً من حيث الجملة تنزيلاً لسبب السبب منزلة السبب، وإقامة للسبب لبعيد مقام السبب القريب، فهذا يمكن أن يتخيل وقوعه قاعدة في الشريعة، ويجري فيها الخلاف في بعض فروعه، لا في كلها)[4].

٤ ـ حق الملك، وبالأخص الملك التام وهو أعلى الدرجات وقد أشار بعض الفقهاء إلى بعض هذه الدرجات، وما يترتب عليها من آثار حيث قالوا: (إن ملكية الغانمين للغنيمة في غاية من الضعف)[5]، والوهاء، ولذلك تسقط بمجرد الإعراض، ولا تجب عليهم الزكاة إذا لم يختاروا التملك.

---

(١) حاشية ابن عابدين (٤/ ١٤١).

(٢) يراجع روضة الطالبين (٥/ ٢٨٦)، ومغني المحتاج (٣/ ١٠٣)، والمغني لابن قدامة (٤/ ٣٠٦).

(٣) الفروق (٣/ ٢١ ـ ٣٥)، والموسوعة (١٨/ ٤٥)، ويراجع المغني لابن قدامة (٨/ ٤٠٩) حيث يتفق رأي الحنابلة مع الشافعية في التملك بالإحراز.

(٤) الفروق (٣/ ٢١)، ويراجع حاشية الدسوقي (٤/ ٣١٥)، ومغني المحتاج (٣/ ١٠٣).

(٥) يراجع المنثور في القواعد (٣/ ٢٣٩).

التطبيقات المعاصرة لهذه الحقوق المعنوية

فيما سبق تبين لنا بكل وضوح أن الفقهاء المسلمين قد وسعوا في دائرة الحقوق والتصرُّفات فيها، وأن العرف كان له دور كبير في القول بماليتها والتصرُّف فيها وفي أسباب اختلاف المتأخرين مع المتقدمين والآن نذكر بالتفصيل تلك الأنواع الأربعة للحقوق المعنوية التي أشرنا إليها في بداية هذا البحث حيث نبين ماهيتها وهل هي أموال تجري فيها التصرُّفات المشروعة؟ ومدى اعتبارها من الأموال التي تتوافر فيها شروط الزكاة.

١ ـ الاسم التجاري والعلامة التجارية (Trade Mark):

الاسم التجاري: هو اللقب المخصص لمحل تجاري اكتسب شهرة بهذا اللقب وقد عرف نظام المعاملات التجارية السعودية في مادته الأولى العلامة التجارية: بأنها: (تعتبر علامة تجارية في تطبيق أحكام هذا النظام الأسماء المتخذة شكلاً مميزاً، والإمضاءات، والكلمات والحروف، والأرقام والرسوم والرموز والأختام والنقوش البارزة، وأية إشارة أخرى، أو أي مجموع منها تكون صالحة لتمييز منتجات صناعية أو تجارية أو حرفية، أو زراعية. . .).

والتحقيق أن الاسم التجاري لا يعني مجرد إطلاق الاسم، بل أن صاحبه قد بذل جهوداً ذهنية، وأموالاً، وأوقاتاً واستعان بخبراء ليساعدوه في تحقيق المواصفات الجيدة لسلعته، ودفع مبالغ للدعاية والإعلام حتى يبني اسماً مشهوراً له سمعة طيبة بين التجار.

فعلى ضوء ذلك فالاسم التجاري وإن كان في ظاهره أمراً معنويًّا لكنه في الحقيقة له واقع ملموس وقيمة ذاتية مستقلة عن السلع التي تمثلها، وهو منفعة يستفيد منها التاجر، والمتعاملون معه، والعبرة في المالية بالمنفعة

حيث يقول العز بن عبد السَّلام: (إن المنافع هي المقصود الأظهر من جميع الأموال)[1].

ولا أريد هنا أن نخوض في تفاصيل ذلك لأن مجمع الفقه في دورته الخامسة بالكويت عام ١٤٠٩هـ قد أقر بمالية الاسم التجاري وأوجب حمايته حيث نص على:

أوَّلاً: الاسم التجاري، والعنوان التجاري، والعلامة التجارية، والتأليف والاختراع، أو الابتكار هي حقوق خاصة لأصحابها، أصبح لها في العرف المعاصر قيم مالية معتبرة لتمول الناس لها، وهذه الحقوق يعتد بها شرعاً فلا يجوز الاعتداء عليها.

ثانياً: يجوز التصرُّف في الاسم التجاري، أو العنوان التجاري أو العلامة التجارية، ونقل أي منها بعوض مالي إذا انتفى الغرر والتدليس، والغش باعتبار أن ذلك أصبح حقاً مالياً.

ثالثاً: حقوق التأليف والاختراع، أو الابتكار مصونة شرعاً، ولأصحابها حق التصرُّف فيها ولا يجوز الاعتداء عليها. فعلى ضوء ما سبق ثبت أن الاسم التجاري حق مصون، ومنفعة متحققة، ومال متمول يجوز التصرُّف فيه بالبيع ونحوه.

ولكنه مع ذلك هل تجب فيه الزكاة؟

للإجابة عن ذلك نقول: إن المسألة تحتمل قولين على ضوء قواعد الفقه الإسلامي في باب الزكاة:

القول الأوَّل: عدم وجوب الزكاة فيه، وذلك لأن الاسم التجاري وإن اعتبر مالاً ولكنه ليس مالاً نامياً، والزكاة لا تجب في كل مال وإنما تجب في المال النامي بشروطه المعروفة فهو لا يعدو كونه مثل المحل التجاري نفسه

---

(١) قواعد الأحكام (٢/١٧)، ويراجع د. عجيل النشمي في بحثه السابق (٣/٢٣٤٣ ـ ٢٣٤٥).

بل هو جزء منه ومن مكوناته. وعلى ضوء ذلك فلا تجب الزكاة فيه إلَّا إذا بيع الاسم التجاري بمبلغ معين، وحينئذ تجب فيه الزكاة إذا بلغ النصاب، ولا يشترط حولان الحول في مثل هذه الأمور لأنها بمثابة المال المستفاد عند من يقول بذلك، وعلى قول من يشترط حولان الحول يضاف إلى بقية الأموال ويزكى عند حولها[1].

ويدل على عدم وجوب الزكاة فيه من حيث المبدأ أن النماء الذي اشترطه الفقهاء هو الزيادة وهو نوعان نماء حقيقي عن طريق: التوالد والتناسل والتجارات ونحوها.

ونماء تقديري، أو حكمي بحيث يكون المال قابلاً للزيادة مثل النقود، يقول الكاساني: (ومنها ـ أي: من الشروط ـ كون المال نامياً؛ لأن معنى الزكاة وهو النماء لا يحصل إلَّا من المال النامي، ولسنا نعني به حقيقة النماء؛ لأن ذلك غير معتبر، وإنما نعني به كون المال معدًّا للاستنماء بالتجارة أو بالإسامة؛ لأن الإسامة سبب لحصول الدر والنسل والسمن، والتجارة سبب لحصول الربح، فيقام السبب مقام المسبب، وتعلق الحكم به كالسفر مع المشقة).

والنماء هي العلة والسبب في إيجاب الزكاة، فكل الأموال التي تجب فيها الزكاة نامية بالفعل كالنعم، حيث أنها تسمن وتلد وتدر لبناً، ونماؤها نماء طبيعي لما فيه من زيادة الثروة الحيوانية، وكعروض التجارة حيث أنها مال نام بالفعل؛ لأن الشأن فيها أن تدر ربحاً، وكالنقود حيث هي معدة للنماء، وأما الزروع والثمار فهي نفسها نماء وهكذا ولذلك لا تجب الزكاة في كل مالاً يعد للنماء كدور السكنى وآلات الصناعة، وأثاث المنازل[2]،

---

(١) يراجع لمزيد من التفصيل: فقه الزكاة لشيخنا القرضاوي، ط الرسالة (١/ ٤٨٧ ـ ٥٢٠) حيث أطال فيه النفس.

(٢) بدائع الصنائع (٢/ ٨٢٨).

ويسمَّى في عصرنا الحاضر بالأصول الثابتة، أو ما سمَّاه الفقهاء بعروض القنية ونحوها.

فالاسم التجاري في حقيقته ليس معداً للنماء إلَّا إذا كان لدى التاجر الذي يتاجر فيه، فحينئذ يقوم كل ما لديه من الأسماء التجارية بقيمتها السوقية ويدفع عنها الزكاة، وفيما عدا ذلك فلا تجب فيه الزكاة إلَّا عند بيعه ـ كما سبق ـ كما أن العرف جار في الوقت الحاضر على أن قيمة الاسم التجاري لا تدخل في القيم، ولا في ميزانية الشركات.

والخلاصة: أنَّ الاسم التجاري لا تجب فيه الزكاة إلَّا في حالتين:

الحالة الأولى: عند بيع الاسم التجاري حيث تجب الزكاة في قيمته.

الحالة الثَّانية: أن يكون الاسم التجاري نفسه من عروض التجارة بأن يكون لدى التاجر المختص بيعه، وحينئذٍ تجب عليه الزكاة في قيمته حسب سعر السوق.

وهذا التوجه هو الذي أراه راجحاً لما سبق، والله أعلم.

القول الثَّاني: وجوب الزكاة في الاسم التجاري مطلقاً دون النظر إلى أي اعتبار آخر، وذلك بأن يقوم صاحبه بتقدير قيمته لدى أهل الخبرة فيدفع الزكاة عنها سنويًّا.

وحينئذ يجب أن تحتسب قيمة الاسم التجاري مع أموال الشركة وتدفع عنها الزكاة، وذلك بناء على أنه مال، والنصوص الشرعية العامة في الكتاب والسُّنَّة على وجوب الزكاة في المال مثل قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ فِيٓ أَمۡوَٰلِهِمۡ حَقّٞ مَّعۡلُومٞ ۝٢٤ لِّلسَّآئِلِ وَٱلۡمَحۡرُومِ﴾[1].

والجواب عن ذلك أن الأدلة المعتبرة قد دلت على تخصيص مثل هذه

---

(١) سورة المعارج: الآيتان ٢٤، ٢٥.

العموميات بأن يكون المال نامياً وعلى اشتراط شروط أخرى لذلك أرى أن هذا التوجه ضعيف لا تنهض أدلته على إثباته. والله أعلم.

هذا وقد صدرت فتوى من الندوة الخامسة لقضايا الزكاة، المعاصرة المنعقدة بلبنان في ١٨ ـ ٢٠ ذي القعدة تنص على أن: (الحقوق المعنوية الممتلكة للمشروع إذا أثمرت غلته تعامل معاملة النوع الثَّاني في وجوب الزكاة)، والنوع الثَّاني هو: (الموجودات المادية التي تدر غلة للمشروع مثل آلات الصناعة والبيوت المؤجرة، وهذا النوع لا تجب الزكاة في أصله، وإنما تجب في صافي غلته بنسبة ٢,٥٪ بعد مرور حول من بداية النتائج، وضم ذلك إلى سائر أموال المزكي).

وهذه الفتوى تتفق مع الرأي الأوَّل الذي رجحناه، حيث اعتبرت الحقوق المعنوية ـ ومنها الاسم التجاري ـ من الموجودات المادية التي لا تجب الزكاة في أصلها وإنما تجب في غلتها إن تحققت.

ومن جانب آخر أن قيمة الاسم التجاري وأهميتها ومنافعها تعود على شركة في رفع قيمة أسهمها، وزيادة مبيعاتها، وإقبال الناس عليها، وكل ذلك ملاحظ في ميزانية الشركة بحيث إذا أثمرت منفعة مادية، وربما فإن ذلك محسوب في زكاتها، ولذلك لا حاجة إلى احتساب الاسم التجاري وحده، هذا بخصوص مالكي الاسم، والمساهمين فيه، أما التاجر الذي يتاجر في أسهم شركة ذات اسم تجاري معروف فإن قيمة الاسم التجاري تدخل في قيمة أسهمها السوقية، ويدفع الزكاة بحسبها وهذا متفق أيضاً مع فتوى المؤتمر الأوَّل للزكاة الذي انعقد في دولة الكويت عام ١٤٠٤هـ والفتاوى الصادرة بخصوص الأسهم من المجامع والندوات الفقهية. هذا والله أعلم.

٢ ـ الترخيص التجاري (License):

يقصد بالترخيص التجاري أن تسمح الحكومة لشخص (طبيعي أو اعتباري) باستيراد بضائع، أو منتجات زراعية أو صناعية من الخارج

أو تصدير منتجات وطنية إلى الخارج، بعبارة أخرى: (إذن تمنحه جهة مختصة بإصداره لفرد، أو جماعة للانتفاع بمقتضاه)[١].

وعلى الرغم من أن الأصل في الشريعة الإسلامية حرية التجارة المشروعة، وعدم تقييدها إلَّا لضرورة، أو حاجة تقتضيها السياسة الشرعية لكن الواقع اليوم هو أن معظم البلاد لا تسمح للاستيراد والتصدير مطلقاً، أو لبعض السلع إلَّا بإذن خاص من الدولة يتطلب جهداً، ويتكلف مالاً ووقتاً، ولكنه عند حصول الشخص على هذه الرخصة فإنه تمنح له صفة قانونية وتتحقق له تسهيلات توفرها له الحكومة، وبذلك تكون لها قيمة مالية في عرف التجار[٢].

وهذا الترخيص الخاص بالاستيراد والتصدير هو المقصود عن إطلاق الترخيص التجاري، ومع ذلك فإن هناك نوعاً آخر للترخيص يكتسب أيضاً قيمة مالية، وهو الترخيص لإقامة مصنع، أو منشأة صناعية، أو زراعية، حيث أنه يعتبر ذات قيمة مالية في البلاد التي لا يمكن الحصول على مثل هذا الترخيص إلَّا ببذل جهد ومال، وشروط ومواصفات قد لا تتحقق بسهولة، وبذلك يصبح هذا النوع مثل النوع الأوَّل، ولكن بعض الباحثين يعتبرون أن هذا النوع الأخير لا يدخل في موضوعنا هذا، إذ لا يجري بيعه مباشرة في المعتاد ما لم يتم الشروع في المشروع، وحينئذ إذا أبى فإن البيع يقع على عين المنشأة[٣].

والتحقيق:

إنَّ هذا النوع أيضاً يمكن بيعه وحده بين التجار، إذ أن الحصول عليه ليس سهلاً بل يحتاج إلى جهد ومال، وهو مثل النوع الأول بل هذا يدخل في حقوق الامتياز.

---

(١) د. حسن عبد الله الأمين: بيع الاسم التجاري والترخيص، بحث ضمن بحوث مجلة المجمع (٣/ ٢٥٠٧).
(٢) الشيخ تقي العثماني: بحثه السابق (٣/ ٢٣٨٥).
(٣) د. الأمين: بحثه السابق (٣/ ٢٥٠٧).

التصرُّف في الترخيص التجاري

لا يخلو الأمر هنا من أحد الاحتمالين:

الاحتمال الأوَّل: أن تمنع الجهة المانحة التصرُّف في الترخيص التجاري بالبيع ونحوه، وذلك بحكم القانون، أو القرار الصادر بالمنح، وحينئذ لا يجوز بيعه والتصرُّف فيه للغير، إذ أن ذلك يؤدي إلى مخالفة الشرط الذي تم الاتفاق عليه، وإلى الغش والخديعة إذا استعمل اسم البائع بعد البيع، وذلك للأدلة المعتبرة الدالة على حرمة مخالفة الوعود والعهود، وعلى حرمة الغش والتدليس.

الاحتمال الثَّاني: عدم وجود مانع قانوني في ذلك، وحينئذ يجوز بيعه ما دام له قيمة مالية، فهو اختصاص بصاحبه مانع عن الغير، والاختصاص هو جوهر الملكية، كما أنه حق جرى التعامل فيه حسب العرف، ومنفعة، وباختصار تتوافر فهي عناصر مالية وخصائص الملكية فيجوز التصرُّف فيه[1].

زكاة الترخيص التجاري:

حسبما ذكرنا أن الترخيص التجاري حق له قيمة مالية حسب العرف يختص بصاحبه، وبذلك يعتبر ما لا يجوز فيه التصرُّف، وقد دل قرار مجمع الفقه الإسلامي السابق على اعتبار الاسم التجاري ونحوه من الحقوق الخاصة لأصحابها، التي أصبح لها في العرف المعاصر قيمة مالية معتبرة لتمول الناس لها، وأن هذه الحقوق يعتد بها شرعاً فلا يجوز الاعتداء عليها... إلخ.

وبذلك أصبح الترخيص مالاً، ولكن هل تجب فيه الزكاة؟

---

(١) أ. د. وهبه الزحيلي، بيع الاسم التجاري والترخيص المنشور في مجلة المجمع الفقه التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، الدورة الخامسة (٣/ ٢٣٩٣)، والشيخ تقي العثماني (٣/ ٢٣٨٥).

الذي يظهر لي رجحانه هو أنه مثل حق الخلو لا تجب فيه الزكاة إلَّا عند بيعه وحينئذ يعامل معاملة المال المستفاد في الحاجة إلى حولان الحول عليه، أو عدم حاجته إليه ـ كما سبق ـ وكذلك لو وجد تاجر الترخيص التجاري فإن ما عنده من التراخيص تقوم عند حولان الحول بقيمتها السوقية وتدفع الزكاة عنها بنسبة ٢,٥٪.

ويدل على عدم وجوب الزكاة (إلا في الحالتين السابقتين) أن حق الترخيص ليس مالاً نامياً، ومن الشروط الأساسية لوجوب الزكاة في المال كونه نامياً ـ كما سبق ـ ومن جانب آخر فإن هذا الحق مثل حق الخلو في الحوانيت والدور أو حق التنازل بعوض الوظائف الذي تحدث عنها الفقهاء ومع ذلك لم يذكر أحدهم أن فيها زكاة، فيقاس عليهما حق الترخيص التجاري.

وأيضاً أن مالية الترخيص أقرها العرف وهو يمكن أن يتغير، فهي ليست مثل الأعيان النامية والنقود التي تجب فيها الزكاة مباشرة، ثمَّ أن الترخيص مهما حاولنا إعطاءه قيمة مالية لا يعدو كونه منفعة، والمنافع إنما تجب فيها الزكاة إذا تحققت فعلاً، وقبض حقيقة أو حكمها، فمثلاً شخصٌ كانت لديه دور معدة للإجارة، ولكنها لم تؤجر لأي سبب مشروع فلا تجب عليه الزكاة بمجرد كونه يملك منفعة.

الملكية الذهنية، والأدبية والفنية (Intellectual Property):

وهذا الحقّ يشمل:

١ ـ المصنفات المكتوبة في أي علم من العلوم: المصنفات الأدبية والتاريخية، والجغرافية، والفلسفة والفقهية. . . إلخ.

٢ ـ المصنفات التي تلقى شفوياً كالمحاضرات والخطب والمواعظ ونحوها.

٣ ـ المصنفات المسرحية ونحوها.

٤ ـ المصنفات السينمائية لكل أجزائها من حوار وسيناريو وتصوير.

٥ ـ الاختراعات والابتكارات.

٦ ـ الرسوم والفنون الخاصة بها.

ويشترط القانون أن الحماية لهذه الحقوق تتطلب وجوب استيفاء الركن الشكلي المتمثل في إفراغه في صورة مادية يبرز بها إلى الوجود، واستيفاء الركن الموضوعي المتمثل في انطوائه على شيء من الابتكار، وليس بالضروي أن يكون الابتكار ذات قيمة جدية، وأن الحكم في كون المصنف مبتكراً أولاً يرجع إلى تقدير القضاء[١].

ولم تكن القوانين القديمة تحمي هذا النوع من الحقوق ولم تكن الحاجة ماسة إلى هذه الحماية إلَّا بعد اختراع المطبعة ومع ذلك لم يصدر فيها تشريع حقباً طويلة إلى أن جاءت الثورة الفرنسية حيث عنيت بإصدار تشريعات تحمي حق المؤلف حيث صدر أول قانون في هذا الشأن في ١٣ يناير ١٧٩١م لكنه اقتصر على حماية مؤلف المسرحيات، ثمَّ صدر قانون ١٩ يوليه عام ١٧٩٢م فمد الحماية إلى جميع المصنفات الأدبية والفنية، ويطيل مدة الحماية بعد موت المؤلف إلى عشر سنوات بعد أن كانت خمساً على ضوء القانون السابق، ثمَّ أطيلت هذه المدة إلى عشرين سنة في ٥ فبراير سنة ١٨١٠م مع جعل أرملة المؤلف تتمتع بحقه طوال حياتها، ثمَّ صدرت تشريعات أخرى إلى أن جمعت أحكام هذا الحق في قانون شامل صدر في ١١ مارس ١٩٥٧م[٢]، وقد تبعتها إنجلترا بحماية هذا الحق في عام ١٨١٠م،

---

(١) المذكرة الإيضاحية لقانون حماية حق المؤلف الصادر في القاهرة في ٢٤/٦/١٩٥٤م.

(٢) انظر: الوسيط للسنهوري (٨/ ٢٨٣)، ومصادره.

ثمَّ أمريكا ١٨٣١م، بل صدرت في ذلك اتفاقات دولية، وأنشئت الجمعية الأدبية والفنية في شهر ديسمبر عام ١٨٧٨م في باريس التي تمكنت من عقد معاهدة برن في ١٩/ ٩/ ١٨٨٦م بين كثير من الدول لحماية حق المؤلف، وأنشىء اتحاد لتنفيذ ذلك، ومكتب دولي في سويسرا سمي بمكتب الاتحاد الدولي لحماية المؤلفات الأدبية والفنية، ثمَّ توالت المؤتمرات الدولية بعد ذلك لتوسيع نطاق هذه الحماية حتى نظمت منظمة اليونيسكو عقد اتفاق عالمي وقع عليه في جنيف في: ٦/ ٩/ ١٩٥٢م ينص على حماية المؤلف طوال حياته، وخمس وعشرين سنة بعدم موته، وحماية ترجمته إلَّا بعد مضي سبع سنوات على نشره مع تعويض المؤلف تعويضاً عادلاً[1]، وفي مصر صدر في ٢٤/ ٦/ ١٩٥٤م قانون حماية حق المؤلف رقم ٣٥٤، وقد ثار خلاف بين القانونيين في طبيعة الحقوق الذهنية، فذهب بعضهم إلى أنه ليس حق ملكية فقط، بل هو من أقدس حقوق الملكية؛ لأنه تتصل بالصميم من نفسه، وشخصيته، ولذلك فهي أولى بالحماية من الملكية المادية، واستطاع هذا الفريق أن يقنع الكثيرين حتى خلعوا على هذا الحق صفة الملكية فأصبحت التشريعات تتحدث عن الملكية الأدبية مثل التشريع الفرنسي الصادر في: ١١/ ٣/ ١٩٥٧م الذي وصف هذا الحق بأنه (حق ملكية معنوية مانع ونافذ بالنسبة إلى الناس كافة).

ورفض فريق آخر منهم وصف هذا الحق بالملكية على الرغم من اتفاقهم مع الفريق الأوَّل في وجوب حمايته، وذلك لأن طبيعة الملكية تتنافى مع هذا الحق الفكري من ناحيتين:

الأولى: إن الفكر لصيق بالشخصية، بل هو جزء منها، حيث بإمكان صاحبه بعد أن يعيد النظر فيه فيغيره.

---

(١) يراجع حق المؤلف العربي للأستاذ مصطفى عبد الرحمن (ص١١ ـ ١٢)، والوسيط (٨/ ٢٨٤).

الثَّانية: أن الفكر ليس إلَّا حلقات في سلسلة تسبقها حلقات وتتبعها حلقات، فهو ليس محضاً لصاحبه قطعاً، بل اشترك معه ـ شاء أم أبى ـ من سبقه، كما أنه لا يكون مؤبداً بل هو مؤقت، فالملكية حق استئثار مؤبد في حين أن حق المؤلف أو المخترع حق استغلال مؤقت، لذلك لا تتوافر فيه صفة الملكية[1].

ولم يكن هذا الحق في العصور الإسلامية السابقة ينظر إليه نظرة مادية، ولم يكتسب قيمة مالية تباع، أو تشترى، أو حتى يتنازل عنها بعوض، وذلك لزهد العلماء المسلمين عن ذلك، واكتفائهم بالثواب عند الله تعالى ورغبتهم في نشر علومهم بين الناس، ولكنه مع ذلك استقر الأمر في هذه العصور أيضاً على احترام نسبة الكتب إلى أصحابها، وحرمة الانتحال وإسناد القول إلى غير قائله، والتعدي عليه، والنصب والاحتيال والغش والتدليس[2]، ونحو ذلك، فقد ذكر الإمام الغزالي أن الإمام أحمد سئل عمن سقطت منه ورقة كتب فيها أحاديث، أو نحوها، أيجوز لمن وجدها أن يكتب منها ثمَّ يردها؟ فقال: (لا بل يستأذن، ثمَّ يكتب)[3].

وهذا النص وغيره يدل بوضوح على اختصاص المؤلف، ونسبته إليه، ولكن لم يكن العرف جارياً باعتباره قيمة مالية تباع وتشترى، في حين أن القيمة المالية تكمن في عملية الكتابة على أيدي الناسخ بأثمان باهظة، فالنظرية المادية كانت تتجه إلى قيمة الورق، والحبر والجهد الذي يبذله الناسخ في الكتابة حتى أنه في بعض الأحيان تبدو قيمة النسخ مساوية، أو أغلى من قيمة المضمون العلمي أو الفكري للكتاب.

---

(١) الوسيط (٨/ ٢٧٩ ـ ٢٨٠).

(٢) يراجع: د. محمد سعيد رمضان البوطي: حق الإبداع العلمي وحق الاسم التجاري المنشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٣/ ٢٤٠٨).

(٣) إحياء علوم الدين، ط مصطفى محمد (١/ ٩٦).

وأما اليوم فقد اختلف الواقع والعرف، حيث أن المطابع تطبع الآلاف في وقت محدود، وأن قيمة النسخة الواحدة لا تزيد على الحبر والورق، وتكاليف الآلة التي كثرت النسخ قلَّت القيمة، وهكذا انعكس الأمر حيث أصبح للكتاب والفكر الذي يحمله، والاختراعات قيمة مالية يتنافس عليها الناشرون، فتغير العرف وأصبح يعده حقًّا ماليًّا[1].

وهنا يثار سؤال: كيف يفصل بين حق المؤلف والناشر الذي يطبع؟

نقول: أما بالنسبة لمشتري الكتاب فإنه يشتريه دون التفرقة بين حق المؤلف، وحق الناشر، فالعلاقة بين المشتري والناشر (البائع) علاقة التبايع، وأما علاقة الناشر بالبائع فهي على أحد الأمور الثلاثة:

١ ـ أن يكون الناشر قد اشترى حق المؤلف بالكامل أو لطبعة واحدة، أو لطبعات مختلفة، أو وهبه إياه، ففي هذه الحالة تكون العلاقة بينهما علاقة التبايع أو التواهب وأصبح الناشر هو صاحب الحق دون المؤلف الذي باع حقه، أو تنازل عنه.

٢ ـ أن يكون الناشر قد أخذ حق النشر من المؤلف الذي طبع الكتاب على حسابه، فحينئذ يكون الناشر وكيلاً عن المؤلف في النشر فقط، أو في النشر والطبع معاً حسب الاتفاق مقابل أجر محدود، أو نسبة من ثمن الكتاب، وتحديد الأجر بنسبة محددة جائز عند بعض الفقهاء ومنهم متأخرو الحنفية.

٣ ـ أن يدخل الناشر مع المؤلف كشريك في أجر الطباعة، بحيث يتحملان تكلفتها على السواء أو على الاختلاف على أن يكونا شريكين في الربح إما على حسب ما دفعا من مال، أو غير ذلك حيث جوَّز الحنفية والحنابلة أن تكون نسبة الربح في شركة العنان مختلفة غير مقيدة بنسبة المال[2].

---

(١) يراجع: د. البوطي بحثه السابق (٣/ ٢٤٠٤).

(٢) حاشية ابن عابدين.

وكذلك الأمر في بقية أنواع حق الملكية الذهنية كالابتكار والرسم، حيث أنها حقوق اكتسبت في الوقت الحاضر خصوصية ذات قيمة مالية، بل إنه قد يباع حق اختراع ما في مجال الصناعة أو العلوم أو التكنولوجيا الحديثة أو الكمبيوتر بمئات الآلاف من الدولارات، ومن المعروف أن التمول أو المالية تابع للعرف[1].

وقد أقر مجمع الفقه ـ كما سبق ـ أن حقوق التأليف والاختراع، أو الابتكار مصونة شرعاً، ولأصحابها حق التصرُّف فيها، ولا يجوز الاعتداء عليها.

زكاة حق الملكية الذهنية، أو الأدبية أو الفنية مثل حق الابتكار وحق الرسوم، ولقد اتضح ـ فيما سبق ـ أن هذه الحقوق قد اكتسبت قيمة مالية حسب عرفنا الحاضر، وأقر ذلك مجمع الفقه الإسلامي ـ كما سبق ـ وحينئذ يبقى السؤال: هل تجب فيها الزكاة؟

للإجابة عن ذلك نقول: إن هذه الحقوق لا تتوافر فيها شروط وجوب الزكاة من النماء ونحوه، ولذلك لا تجب فيه الزكاة إلَّا عند بيعها وحينئذ تجب الزكاة في ثمنها فوراً، أو بعد حولان الحول عليه، على ضوء القولين في المال المستفاد ـ كما سبق ـ والأدلة التي سقناها في السابق تنطبق على هذه الحقوق أيضاً. والله أعلم.

الخلاصة:

بعد هذا الاستعراض للقديم والجديد في الحقوق المعنوية، ومحاولة التأصيل والتحليل نستطيع تلخيص ما ذكرنا فيما يأتي:

١ ـ الحقوق المعنوية بجميع أنواعها من اسم تجاري، وترخيص تجاري، وملكية ذهنية أو فنية (مثل حقوق التأليف والنشر، والابتكار

---

(١) يراجع: بدائع الصنائع (٧/ ٣٥٤٢)، والمغني لابن قدامة (٥/ ٣١).

والرسم) اكتسبت قيمة مالية معتبرة عرفاً يجوز التصرُّف فيها بحسب الضوابط الشرعية في باب المعاملات، وإنها مصونة شرعاً فلا يجوز الاعتداء عليها.

٢ ـ الحقوق المعنوية لا تجب فيها الزكاة إلَّا إذا أدى التصرف فيها بالبيع ونحوه إلى تحديد ثمن لها، فحينئذ تجب الزكاة فيه فوراً ٢,٥٪ عند من يقول بوجوب الزكاة في المال المستفاد دون اشتراط حولان الحول، وعند من يشترط ذلك تضم إلى باقي الأموال فيزكي الجميع بعد حولان الحول زكاة واحدة بنسبة ٢,٥٪.

٣ ـ وكذلك تقوَّم الحقوق المعنوية بقيمتها السوقية وتؤدىٰ زكاة عروض التجارة فيها لو قام أحد بالتجارة فيها.

هذا والله أعلم بالصواب وهو المسؤول أن يجعل أعمالنا كلها خالصة لوجهه الكريم.





القبض وتطبيقاته المعاصرة في العقود والبنوك الإسلامية

(دراسة فقهية مقارنة)

الحمد لله ربّ العالمين، والصَّلاة والسَّلام على المبعوث رحمة للعالمين محمد وعلى آله وصحبه ومن تبع هداه إلى يوم الدِّين.

وبعد:

فلا شك أن تكييف أوضاعنا ـ نحن المسلمين ـ على ضوء كتاب الله وسنة رسوله ﷺ يتطلب جهوداً كبيرة من المخلصين والمجامع الفقهية والمراكز العلمية للوصول إلى حلول إسلامية نابعة من معينها الصافي، ومتصفة بالاتزان والدراسة المتأنية دون التسرع والخضوع للضغوط، حيث أثبتت التجارب التي مرت بها البشرية عظمة الحلول الإسلامية وما يحققها من مصالح بعيدة المدى، ولا سيما بعد فشل الأنظمة الوضعية البشرية التي نرى تخبطها خبط عشواء، ونرى تراجعها على المستويات كافة، وهذا ما يدفعنا إلى المزيد من الجهود للإسراع بالبديل الإسلامي الكامل لكل النظريات المطروحة على الساحة السياسية، والاقتصادية والاجتماعية.

وها نحن أولاء: نرى ثمار الجهود المباركة ـ سواء كانت من خلال مجمع البحوث التابع للأزهر الشريف، أو من خلال مجمع الفقه التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، أو لرابطة العالم الإسلامي ـ حيث نراها قد تبنت البحث عن الحلول لجميع المشاكل المعاصرة، والمستجدات.

ومن هذه المستجدات كيفية القبض للصور الكثيرة للمعاملات التي ظهرت بسبب الاختراعات الحديثة، ولذلك كان اختياري لهذا الموضوع، وكان منهجي فيه هو الرجوع إلى المصادر المعتمدة حتى نستطيع تأصيل المسائل المستحدثة على ضوئها، ولذلك قمت بالبحث عن معاني القبض لغة واصطلاحاً، واختلاف الفقهاء في تعريفه ثمَّ أدلة كل فريق مع المناقشة والترجيح، ثمَّ ذكرت أنواع القبض، وما ذكره الفقهاء من صور كانت شائعة في عصرهم، ثمَّ أتبعتها ببعض صور القبض في وقتنا المعاصر، ثمَّ شرحت أركان القبض وشروطه بإيجاز وأثرت مدى احتمال اتحاد القابض، والمقبض، وكذلك شرحت بالتفصيل أثر القبض في العقود الصحيحة، والعقود الفاسدة، وتناولت موضوع مدى جواز البيع قبل القبض، كما ذكرت حكم المقبوض على سوم الشراء، أو النظر، أو الرهن، ثمَّ الخاتمة.

والله أسأل أن أكون قد وفقت فيما طرحته، وأن يجعل أعمالي كلها خالصة لوجهه الكريم.

تعريف القبض

القبض لغةً واصطلاحاً:

القبضُ لغةً مصدر: قبضه يقبضه قبضاً، وهو خلاف البسط، وفي أسماء الله تعالى: «القابض»؛ أي: هو الذي يمسك الرزق من الأشياء عن العباد وبلطفه وحكمته، ويقبض الأرواحَ عند الممات، ويقال: قبضَ المريضُ إذا توفى، وإذا أشرف على الموت، والقبض بمعنى الأخذ فيقال: قبضتُ مالي قبضاً؛ أي: أخذته[1]، قال ابن منظور: وأصله في جناح الطائر قال الله

---

(١) القاموس المحيط، والمصباح المنير، ومختار الصحاح، ولسان العرب: مادة: قبض».

تعالى: ﴿وَيَقْبِضْنَۚ مَا يُمْسِكُهُنَّ إِلَّا ٱلرَّحْمَٰنُۚ﴾[1]، وقبض الطائرُ جناحه: جمعه، وتقبضت الجلدةُ في النار؛ أي: انزوت، والقبضة بالضم: ما قبضت عليه من شيء، يقال: أعطاه قبضة من سويق أو تمر؛ أي: كفا منه، وربما جاء بالفتح، ثمَّ نقل عن الليث أن القبضة: ما أخذته بجمع كفك كله فإذا كان بأصابعك فهي القبصة بالصاد، وقال ابن الأعرابي: القبض قبولك المتاع وإن لم تحوله، ثمَّ قال ابن منظور: والقبض تحويلك المتاع إلى حيزك، والقبض: التناولُ للشيء بيدك ملامسة. . .، وصار الشيء في قبضي وقبضتي؛ أي: في ملكي[2].

وخلاصة معانيه تدور حول: الإمساك، وخلاف البسط، والموت، والأخذ، والجمع، وما أخذ باليد، وقبول المتاع وإن لم يحول إليه، وتحويل المتاع إلى الحيز، والتملك ـ ونحو ذلك.

وورد لفظ «قبض» ومشتقاته في القرآن الكريم تسع مرات، منها قوله تعالى: ﴿. . . ثُمَّ قَبَضْنَٰهُ إِلَيْنَا قَبْضًا يَسِيرًا﴾[3]، قال المفسرون: أي أخذنا الظل بطلوع الشمس، قبضاً يسيراً؛ أي: سريعاً، أو سهلاً، أو خفياً[4]، ومنها قوله تعالى: ﴿وَٱللَّهُ يَقْبِضُ وَيَبْصُۜطُ﴾[5]، ومعنى القبض هنا خلاف البسط بدليل المقابلة؛ أي: يضيق على قوم، ويوسّع على آخرين، فقال بعض المفسرين؛ أي: يقبض ويبسط في الرزق، وهذا قول الحسن، وابن زيد، وقال الزجاج: يقبض الصدقات، ويبسط في الجزاء[6]، وبالمعنى السابق جاء

---

(١) سورة الملك: الآية ١٩.

(٢) لسان العرب، ط دار المعارف (ص٣٥١٢ ـ ٣٥١٤).

(٣) سورة الفرقان: الآية ٤٦.

(٤) تفسير الماوردي، ط وزارة الأوقاف الكويتية (١٥٨/٣).

(٥) سورة البقرة: الآية ٢٤٥، وراجع تفسير ابن عطية (٣٤٧/٢)، وتفسير الرازي (٢٦٨/٦)، وتفسير الماوردي (٢٦٢/١).

(٦) تفسير الماوردي (٢٦٢/١)، والمصادر السابقة.

قوله تعالى: ﴿وَيَقْبِضُونَ أَيْدِيَهُمْ﴾[1]؛ أي: يمسكون أيديهم عن الإنفاق في سبيل الله، أو عن كل خير، أو رفعها في الدعاء[2].

ومنها قوله تعالى: ﴿وَٱلْأَرْضُ جَمِيعًا قَبْضَتُهُۥ يَوْمَ ٱلْقِيَـٰمَةِ﴾[3]، أي: في يده، وتحت قدرته[4].

وورد لفظ «قبض» ومشتقاته في السُّنَّة كثيراً، وهي تدور، قال ثعلب: (هذا كما تقول: هذه الدار في قبضتي ويدي؛ أي: في ملكي، قال: وليس بقوي)[5]، وقوله تعالى: ﴿فَرِهَـٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾[6] حول معانيه اللغوية السابقة منها قوله ﷺ: «**قبضَ الله عزَّ وجلّ أرواحنا وقد ردّها إلينا**»[7]؛ أي: أخذها، وروى البخاري تعليقاً بصيغة الجزم أن ابن عمر إذا حج أو اعتمر قبض على لحيته فما فضل أخذه[8]؛ أي: وضع كفه عليها، ومنها قوله ﷺ: «**...ولم يكن قبض من ثمنها شيئاً فهي له...**»[9]، وغير ذلك كثير.

القبض في الاصطلاح:

إذا كان القبضُ في اللغةِ هو أخذ أي شيء، أو التمكن منه فإنه في الاصطلاح الفقهي أخصُ منه حيث هو مخصوص بالمعقود عليه، لكنه ثار

---

(١) سورة التوبة: الآية ٦٧.
(٢) تفسير الماوردي (٢/ ١٥٠)، والمصادر السابقة.
(٣) سورة الزمر: الآية ٦٧.
(٤) تفسير الرازي (٢٧/ ١٧)، وتفسير الماوردي (٣/ ٤٧٣).
(٥) لسان العرب، (ص٣٥١٣). ونحن حقًّا لسنا مع التأويل في مثل هذه الآيات، وإنما نثبت لله تعالى ما أثبته لذاته العلية مع التنزيه، وعدم التشبيه.
(٦) سورة البقرة: الآية ٢٨٣.
(٧) مسند أحمد (٤/ ٩١) عن ذي مخمر الحبشي.
(٨) صحيح البخاري ـ مع الفتح ـ كتاب اللباس (١٠/ ٣٤٩).
(٩) رواه ابن ماجه، كتاب الأحكام (٢/ ٧٩٠) الحديث (٢٣٥٩).

الخلاف بين الفقهاء في تحديد مفهومه تبعاً لوجهات نظرهم المختلفة في كيفية تمام القبض.

ثمَّ إن أكثر الفقهاء لم يريدوا أن يضعوا تعريفاً جامعاً لجميع أقسام القبض، وإنما بينوه من خلال أنواعه، كما أنهم أرجعوا أمره كقاعدةٍ أساسية إلى العرف، ولذلك ننقل نصوص الفقهاء بشيءٍ من الإيجاز للوصول إلى حقيقة القبض.

فعند الحنفية ـ كما يقول الكاساني: (التسليم والقبض عندنا هو التخلية، والتخلي، وهو أن يخلي البائع بين المبيع، وبين المشتري برفع الحائل بينهما على وجه يتمكن المشتري من التصرُّف فيه، فيجعل البائعَ مسلِّماً للمبيع، والمشتري قابضاً له، وكذا تسليم الثمن من المشتري إلى البائع: وذكر ابن عابدين أن من شروط التخلية التمكُّن من القبض بلا حائل، ولا مانع، ولكن صاحب «الأجناس» اشترط شرطاً ثالثاً، وهو أن يقول: (خليتُ بينك وبين المبيع)[1].

وعند المالكية: إن القبض هو التخليةُ من حيث المبدأ[2].

وعند الشافعية ـ كما يقول الشيرازي ـ: (والقبض فيما ينقل النقل. . . ، وفيما لا ينقل كالعقار والثمر قبل أوان الجُذاذ التخلية. . .).

ويقول النووي: (قال أصحابنا: الرجوعُ في القبض إلى العرف، وهو ثلاثة أقسام: أحدها: العقار والثمر على الشجرة، فقبضه بالتخلية، والثَّاني: ما ينقل في العادة كالأخشاب والحبوب، والحيتان ونحوها، فقبضه

---

(١) بدائع الصنائع، ط الامام بالقاهرة (٧/ ٣٢٤٨)، ورد المحتار على الدر المختار، ط دار إحياء التراث العربي (٤/ ٤٢)، والفتاوى الهندية، ط دار إحياء التراث العربي (٣/ ١٥).

(٢) يراجع: بداية المجتهد (٢/ ١٤٤)، والفواكه الدواني ط الحلبي (٢/ ١١٧)، ويراجع: فتح الباري حيث أسند هذا الرأي إلى المالكية صراحة.

بالنقل إلى مكان لا اختصاص للبائع به سواء نقل إلى ملك المشتري، أو موات، أو شارع، أو مسجد، أو غيره وفيه قول حكاه الخراسانيون: أنه يكفي فيه التخلية، والثَّالث ما يتناول باليد كالدراهم والدنانير، والمنديل والثوب والإناء الخفيف، والكتاب ونحوها، فقبضه بالتناول بلا خلاف صرح بذلك الشيخ أبو حامد، والقاضي أبو الطيب، والمحاملي، والماوردي، والشيرازي...)، وغيرهم[1].

وعند الحنابلة ـ كما يقول ابن قدامة ـ: (وقبضُ كل شيء بحسبه، فإن كان مكيلاً، أوموزوناً بيع كيلاً، أو وزناً في مقبضه بكيله، ووزنه... وقد روى أبو الخطاب عن أحمد رواية أخرى: أن القبض في كل شيء بالتخلية مع التميز؛ لأنه خلى بينه وبين المبيع من غير حائل، فكان قبضاً له كالعقار[2].

ويقول ابن حزم الظاهري: (... وإنما على البائع أن لا يَحُول بين المشتري وبين قبض ما باع منه فقط، فإن فعل صار عاصياً، وضَمِن ضمان الغصب فقط)[3]، فعلى هذا فالقبض هو التخلية فقط.

وكذلك الأمر عند الإمامية، حيث إن القبض فيما لا ينقل ـ كالعقار ـ بالتخلية، وكذلك في غيره على الراجح عندهم[4].

وعند الزيدية أن قبض غير المنقول بالتخلية اتفاقاً، وقبض المنقول به أيضاً عند جماعة منهم، وذهب بعضهم إلى أن قبضه بالنقل للتعارف بالتفرقة بينه وبين غير المنقول في القبض[5].

---

(١) المهذب مع شرحه المجموع (٩/ ٢٧٥ ـ ٢٧٦).
(٢) المغني (٤/ ١٢٦).
(٣) المحلى (٩/ ٣٤٥)، وفي (ص٥٩٢): (وقبضه له: هو أن يطلق يده عليه بأن لا يحال بينه وبينه».
(٤) المختصر النافع للمحلِّي، ط أوقاف مصر (ص١٤٨).
(٥) البحر الزخار، ط مؤسسة الرسالة بيروت (٤/ ٣٦٩).

الخلاصة:

ومن هذا العرض يتبين لنا أن اتِّجاهات الفقهاء تكاد تنحصر في اتجاهين:

١ ـ اتِّجاهٌ يرى عدم التفرقة بين جميع أنواع المعقود عليه، حيث يتم قبضها بالتخلية فقط.

وهذا مذهب الحنفية، والمالكية، وأحمد في رواية، وقول للشافعية حكاه الخراسانيون، والراجح عند الزيدية، والإمامية، والظاهرية[1]، وإليه مالَ البخاري وغيره[2].

٢ ـ واتِّجاه آخر يرى التفرقة بين المنقول، وغيره.

وأصحاب هذا الاتِّجاه وقعوا في خلاف طفيف بينهم فصاروا فريقين:

حيث يذهب بعضهم ـ وهم الشافعية ـ إلى أن أساس التفرقة هو كون الشيء منقولاً أو غير منقول، فالمنقول يتم قبضه بالنقل، وفي غيره التخلية.

في حين ذهب الحنابلة إلى اعتماد أساس آخر وهو كونُ الشيء مكيلاً أو موزوناً أو غيره، فما كان مكيلاً أو موزوناً فقبضه بكيله، أو وزنه وما كان غيرهما يكون قبضه بالتخلية[3].

ومن هنا يتبين أن الجميع متفقون على أن القبض في العقار يكون بالتخلية فقط، وأما في غيره فيكون بالنقل، أو الكيل، أو الوزن، أو التخلية، أو التناول...

---

(١) المصادر الفقهية السابقة جميعها.

(٢) فتح الباري شرح صحيح البخاري، ط السلفية بالقاهرة (٤/ ٣٣٤ ـ ٣٣٥).

(٣) المصادر الفقهية السابقة.

الأدلـة:

*** استدل القائلون بالتفرقة فِي القبض بين ما يكال أو يوزن، وبين غيره بالسنة والعرف.**

أمَّا السُّنَّة فقد وردت في ذلك عدَّة أحاديث:

١ ـ **منها**: ما رواه البخاري تعليقاً عن عثمان رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال له: «**إذا بعتَ فكِل وإذا ابتعتَ فاكتل**»[١]، وقد وصله الدارقطني، وله طريق أخرى أخرجها أحمد ابن ماجه، والبزّار[٢].

٢ ـ ما رواه ابن ماجه عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان: صاعُ البائع، وصاعُ المشتري[٣].

٣ ـ الأحاديث الواردة الدالة على أن القبض لا يتم فيما يباع بالجُزاف إلَّا بالتحويل، فقد روى مسلم عن ابن عمر أنه قال: (كانوا يضربون على عهد رسول الله ﷺ إذا اشتروا طعاماً جُزافاً أن يبيعوه في مكانه حتى يحولوه). وفي لفظ: (كنا نبتاع الطعام جزافاً فبعث علينا من يأمرنا بانتقاله من المكان الذي ابتاعه فيه إلى مكان سواه، قبل أن نبيعه). وفي لفظ: (كنا نشتري الطعام من الركبان جزافاً فنهانا رسول الله ﷺ أن نبيعه حتى ننقله)، والرواية الأخيرة رواها البخاري بلفظ: (... حتى يؤووه إلى رحالهم)[٤].

٤ ـ ما رواه الحاكم بسنده عن ابن عمر عن رسول الله ﷺ أنه نهى أن تباع السلع حيث تشترى حتى يحوزها الذي اشتراها إلى رحله وإن كان ليبعث رجالاً فيضربونا على ذلك، وقال: (حديث صحيح على شرح مسلم)،

---

(١) صحيح البخاري ـ مع الفتح ـ كتاب البيوع، ط السلفية (٤/ ٣٤٣).

(٢) مسند أحمد (١/ ٦٢ ـ ٧٥)، وفتح الباري (٤/ ٣٤٤).

(٣) رواه ابن ماجه في سننه، كتاب التجارات (٢/ ٧٥٠) في الزوائد: في اسناده أبو عبد الرحمن الأنصاري وهو ضعيف.

(٤) صحيح مسلم، البيوع (٣/ ١١٦٠ ـ ١١٦٢)، وصحيح البخاري ـ مع الفتح ـ (٤/ ٣٥٠).

ووافقه الذهبي[1]. وفي رواية أخرى له عن طريق ابن إسحاق قال ابن عمر: (ابتعتُ زيتاً في السوق، فلما استوجبته لقيني رجل، فأعطاني به ربحاً حسناً، فأردت أن أضربَ على يديه فأخذ رجل من خلفي بذراعي فالتفتُّ إليه فإذا زيد بن ثابت فقال: لا تبعه حيث ابتعته حتى تحوزه إلى رحلك فإن رسول الله ﷺ نهى عن أن تباع السلع حيث تبتاع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم).

وأما العرف: فهو جار على هذا التقييم يقول ابن قدامة: لأن القبضَ مطلق في الشرع فيجب الرجوع فيه إلى العرف كالإحراز والتفرق، والعادة في قبض هذه الأشياء ما ذكرنا[2].

*** واستدل القائلون بأن القبض هو التخلية في المنقول وغيره بالسُّنَّة والآثار:**

أما السُّنَّة فمنها:

١ ـ ما رواه البخاري وغيره عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: كنا مع النبي ﷺ في سفر، فكنت على بكر صعب لعمر، فكان يغلبني، فيتقدم أمام القوم، فيزجره عمر، ويردّه، ثمَّ يتقدم فيزجره عمر، ويردّه، فقال النبي ﷺ لعمر: بعنيه قال: هو لك يا رسول الله. قال رسول الله ﷺ: «**بعنيه**»، فباعه من رسول الله فقال النبي ﷺ: «**هو لك يا عبد الله بن عمر تصنعُ به ما شئت**»[3].

وجه الاستدلال بهذا الحديث واضحٌ حيث دخل الجمل في ملكية الرسول ﷺ بمجرد العقد مع أنه منقول، فلو كان النقل الفعلي شرطاً لأخذه الرسول ﷺ أولاً، ثمَّ يهبه لابن عمر وقد أشار ابن بطال وغيره أن الحديث

---

(١) المستدرك، وبهامشه التلخيص للذهبي، ط دار المعرفة ببيروت (٢/ ٣٩ ـ ٤٠).

(٢) المغني لابن قدامة (٤/ ١٢٦)، والمجموع (٩/ ٢٨٣).

(٣) صحيح البخاري ـ مع الفتح ـ كتاب البيوع (٤/ ٣٣٤).

حجة في أن البيع يتم بالعقد مع شروطه ـ وأنه لا يحتاج إلى نقل المعقود عليه فعلاً، قال الحافظ ابن حجر: (وقد احتج به للمالكية والحنفية في أن القبض في جميعِ الأشياء بالتخلية، وإليه مالَ البخاري...)[1].

٢ ـ ما رواه البخاري ومسلم بسندهما عن جابر قال: (... ثمَّ قال ـ أي: النبي ﷺ ـ: «**أتبيع جملك؟**»، قلت: نعم. فاشتراه مني بأوقية، واستثنيت عليه حملانه إلى أهلي... فجئنا إلى المسجد، فوجدته على باب المسجد وقال: «**الآن قدمت؟**»، قلت: نعم. قال: «**فدع جملك، فادخل، فصلِّ ركعتين**»، فدخلتُ فصلَّيت، فأمر بلالاً أن يزنَ له أوقية... فانطلقت حتى وليت... ثمَّ قال: «**خذ جملك، ولك ثمنه**»[2]، والحديث واضح في دلالته على أن البيع قد تم دون أن يتم تحويل الجمل ـ وهو المنقولات ـ إلى الرسول ﷺ ولذلك ترجم له البخاري «باب... وإذا اشترى دابة، أو جملاً، وهو عليه، هل يكون ذلك قبضاً قبل أن ينزل؟»، وكذلك أورد بعض الحديث الأوَّل تحته، وهذا مشعر بأن البخاري فهم من الحديثين أن القبض هو التخلية في المنقول وغيره[3].

٣ ـ ما رواه البخاري وغيره عن عائشة في حديث الهجرة وفيه أن أبا بكر قال: (إن عندي ناقتين أعددتهما للخروج، فخذ إحداهما. قال: «قد أخذتها بالثمن»[4]. قال الحافظ ابن حجر: (قال المهلب: وجه الاستدلال به أن قوله: «أخذتها» لم يكن أخذاً باليد، ولا بحيازة شخصها، وإنما كان التزاماً منه لابتياعها بالثمن وإخراجها عن ملك أبي بكر...، وقال ابن المنير: مطابقة الحديث للترجمة من جهة أن البخاري أراد أن

---

(١) فتح الباري (٤/ ٣٣٥).
(٢) صحيح البخاري ـ مع الفتح ـ البيوع (٤/ ٣٢٠)، ومسلم، المساقاة (٣/ ١٢٢١).
(٣) فتح الباري (٤/ ٣٢١، ٣٣٥).
(٤) صحيح البخاري ـ مع الفتح ـ البيوع (٤/ ٣٥١).

يحقق انتقال الضمان في الدابة ونحوها إلى المشتري بنفس العقد، فاستدل لذلك بقوله ﷺ: «**وقد أخذتها بالثمن**» وقد علم أنه لم يقبضها بل أبقاها عند أبي بكر[1].

وهذا من المنقولات التي هي محلُّ خلاف، فيكون القبضُ هو التخليةُ مطلقاً.

٤ ـ ما رواه الخمسة، والحاكم عن ابن عمر قال: (كنا نبيعُ الإبلَ بالنقيع ـ بالنون سوق المدينة، وبالباء مقبرتها ـ كنا نبيع بالذهبِ ونقضي الورق، ونبيع بالورق ونقضي بالذهب)، فسألت النبي ﷺ عن ذلك، فقال: «**لا بأسَ إذا كان بسِعر يومه، إذا تفرقتما وليس بينكما شيء**»[2].

فالحديث دليل على أن القبضَ هو التخلية والتمكن من القبض، وليس النقل الفعلي، حيث أن ابن عمر كان يشتري من بائعه الذهب المستقر في ذمته بالفضة، مع أن بائعه لم يستلم بعد ذهبه الذي كان ثمناً لإبله، فهذا دليل على أن القبض هو التخلية والتمكن، وليس النقل الفعلي ولكن العملية الثَّانية لما كانت من الربويات اشترط الرسول ﷺ القبض الفوري في المجلس.

---

(١) فتح الباري (٤/ ٣٥١ ـ ٣٥٢).

(٢) الحديث حكم عليه الحاكم بأنه صحيح على شرط مسلم، ووافقه الذهبي (٢/ ٤٤)، ورواه أحمد (٢/ ٣٣، ٨٣، ٨٤، ١٣٩)، وابن ماجه (٢/ ٧٦٠)، وأبو داود ـ مع العون ـ البيوع (٩/ ٢٠٣)، والنسائي (٢/ ٢٢٣ ـ ٢٢٤)، والترمذي مع التحفة (٤/ ٤٤٣)، والدارمي (٢/ ٢٠٩)، والطحاوي في مشكل الآثار (٢/ ٩٦)، وابن الجارود (٦٥٥)، والدارقطني (٢٩٩)، والبيهقي (٥/ ٢٨٤ ـ ٣١٥). وقال الشيخ الألباني في إرواء الغليل، ط المكتب الإسلامي (٥/ ١٧٤) ضعيف، ثمَّ رجح وقفه. ولكن الحديث حكم عليه الحاكم بالصحة ووافقه الذهبي، وذكر شيخ الإسلام ابن تيمية في مجموع الفتاوى (٢٩/ ٥١٠) أنه من السنة الثابتة.

المناقشة والترجيح:

ويمكن أن نناقش أدلة الفريق الأول بما يأتي:

أوَّلاً: نناقش الاستدلال بالحديث الأوَّل بما يأتي:

١ ـ أنه ضعيفٌ لا ينهض حجةً، ولذلك ذكره البخاري تعليقاً بصيغة «ويذكر» دون الجزم، وقد وصله الدارقطني لكن في سنده منقذاً مولى ابن سراقة، وهو كما قال الحافظ: (مجهول الحال)[1]، وقال أيضاً: (لكن له طريق أخرى أخرجها أحمد وابن ماجه...)، وفيه ابن لهيعة ولكنه من قديم حديثه... ومن المعروف أن عبد الله بن لهيعة مَختلف في الاحتجاج به، فكثير من النقاد لا يحتجون بحديثه مطلقاً، وبعضهم يقبله إذا كان قبل إحتراق كتبه، قال البخاري عن الحميدي: كان يحيى بن سعيد لا يراه شيئاً، وقال ابن المديني عن ابن مهدي: لا أحمل عنه قليلاً ولا كثيراً، وعن أحمد: ما حديث ابن لهيعة بحجة، ونقل عنه: أنه وصفه بالضبط والإتقان، وقال أحمد بن صالح: (ابن لهيعة صحيحُ الكتاب)، وقال ابن خراش: كان يكتب حديثه، فلما احترقت كتبه كان من جاء بشيء قرأه عليه، حتى لو وضع أحد حديثاً وجاء به إليه قرأه عليه، قال الخطيب: (فمن ثمَّ كثرت المناكير في روايته لتساهله)، وذكر ابن حبان أنه سبّر أخباره قبل حرق كتبه، وبعده فوجدها لا تصلح، حيث في روايات المتقدمين عنه تدليس عن المتروكين، وفي رواية المتأخرين عنه مناكير فوجب ترك الاحتجاج بها[2].

٢ ـ ولو سلم قبوله، فإنه لا يدل على المطلوب، وذلك لأنه لا يدل على أن القبض لا يتم في المكيل والموزون إلَّا بالكيل، وإنما يدل على وجوب الكيل والاكتيال مطلقاً، بل إن شراح الحديث فسروه بأنه أمر بالعدالة

---

(١) فتح الباري (٤/ ٣٤٤).

(٢) تهذيب التهذيب لابن حجر العسقلاني، ط دار صادر بيروت (٥/ ٣٧٤ ـ ٣٧٩).

في الكيل والوزن، قال ابن القيم: (والمعنى أنه إذا أعطى، أو أخذ لا يزيد، ولا ينقص؛ أي: لا لك ولا عليك)[1]، وقد فهم البخاري منه أنه يدل على أن مؤنة الكيل على المعطي، ولذلك ترجم له: باب: الكيل على البائع والمعطي[2]، وإذا لم يفسر هكذا فإن ظاهر الحديث يدل على وجوب الكيل في كل بيع، وهذا لم يقل به أحد ـ على ما نعلم ـ لجواز البيع جزافاً، وبالعدّ والوزن.

ثانياً: أن حديث ابن ماجه ضعيف، وذلك لأن في اسناده محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى، وهو كما قال في الزوائد ضعيف[3]، وكان يحيى بن سعيد يضعفه، وأحمد يقول فيه: سيءُ الحفظ مضطربَ الحديث كان فقهه أحب إلينا من حديثه، وقال شعبة: ما رأيت أسوأ حفظاً من ابن أبي ليلى، وقال العجلي: كان فقيهاً صاحبَ سنة، جائز الحديث، وقال ابن معين: ليس بذاك، وقال أبو زرعة: ليس بالقوي، وقال أبو حاتم: محله الصدق، كان سيءَ الحفظ شغل بالقضاء فساءَ حفظه، لا يتهم بشيءٍ من الكذب، إنما ينكر عليه كثرة الخطأ، يكتب حديثه، ولا يحتج به[4].

فعلى ضوء ذلك لا يحتج بحديثه، ولا ينهض حجة في إثبات هذا الحكم. وبالإضافة إلى ذلك فإن هذا الحديث في بيع الطعام قبل القبض، فلا يمكن تعميمه في جميع التصرُّفات، ولا في جميع المنقولات، فقد يكون النهي عن بيعه لخصوصية، حيث إن البيع مبني على المساومة، وأن كِلا العاقدين يريد الحصول على أحسن مكسب، فلو باعه قبل القبض وربح فيه فربما يقضي ذلك إلى أن يحاول البائع الوصول إلى الفسخ ولو ظلماً،

---

(١) فتح الباري (٤/ ٣٤٥).

(٢) صحيح البخاري ـ مع الفتح ـ (٤/ ٣٤٣).

(٣) الزوائد، المطبوع مع سنن ابن ماجه، ط عيسى الحلبي (٢/ ٧٥٠).

(٤) تهذيب التهذيب (٣٠١ ـ ٣٠٣).

وإلى الخصام والنزاع، ولذلك قطع الشارع هذا الطريق، وسدّ هذه الذريعة، ولذلك لا يقاس عليه غيره، ومن هنا أجازوا للمشتري إعتاقه قبل القبض[1].

وكذلك إن للطعام خصوصيةً في نظر الشريعة، ولذلك منع الاحتكار فيه دون غيره، وخصه مع النقود بأحكام لا تتوفر في غيرهما، ومن هنا فلا يقاس عليه غيره من المنقولات وغيرها[2]. ولذلك كله لم ينهض حجة على المطلوب فسقط الاستدلال به.

ثالثاً: إن الأحاديث التي رواها مسلم خاصة بنهي البيع عن بيع الطعام الذي اشترى جزافاً قبل نقله وتحويله، فلا يعم ما هو قد اشترى بالكيل والوزن، بدليل أن القائلين بالتفرقة بين المنقول وغيره في القبض يقولون: إن وزنه، أو كيله قبض حتى ولو كان في مكانه.

هذا من جانب، ومن جانب آخر فالأحاديث كلها في بيع الطعام قبل القبض فلا يقاس على البيع غيره إلَّا بدليل معتبر، وكذلك لا يقاس على الطعام غيره لما ذكرنا آنفاً.

رابعاً: حديث الحاكم كما أوضحته الرواية الثابتة أيضاً في الطعام، بدليل أن المحتجين به أنفسهم لا يقولون بأن جميع السلع يتم القبض فيها بالتحويل إلى الرحال، بل إن الإمام النووي صرّح بأنَّ (حوزه إلى الرحال ليس بشرط بالإجماع)، ولذلك احتاج إلى التأويل بأن المراد به أصل النقل، وأما التخصيص بالرحال فخرج على الغالب، ودل الإجماع على أنه ليس بشرط في أصل النقل[3].

---

(١) شرح سنن أبي داود لابن القيم، المطبوع بهامش عون المعبود، ط المكتبة السلفية بالمدينة المنورة (٩/ ٣٨٤).
(٢) الفروق للقرافي، ط دار المعرفة بيروت (٣/ ٢٨١).
(٣) المجموع (٣/ ٢٨٣).

ولا شك أن هذا التأويل يجعل التمسك بظاهر النص ضعيفاً، ويفتح باب التأويل في معنى النقل أيضاً بأن يفسر التخصيص به على الغالب، أو من باب الإرشاد والنصح دون الوجوب والإلزام.

خامساً: إن جميعَ الأحاديث في النهي عن البيع قبل القبض، وليس في القبض نفسه، فلا تكون نصًّا في المطلوب.

وأما القولُ بأن العرف قاضٍ بهذه التفرقة بين المنقول وغيره، أو بين ما يكال ويوزن وبين غيره فغير مسلم على إطلاقه، بل فيه تفصيل وهو أننا إذا قصدنا به العرف العام فلن يستقيم المعنى بدليل الخلاف الكبير بين الفقهاء، وكلهم يلتجؤون إلى العرف، ولو أردنا به العرف الخاص فلا يكون عرف بلد حجة على عرف بلد آخر، ولا عرف زمن معين على عرف زمن آخر، فقد ذكر ابن عابدين في رسالته الشهيرة في العرف أن الناس لو تعارفوا على بيع شيء بالوزن مع أنه كان النص الوارد فيه على أنه يباع بالكيل فإن هذا العرف الأخير مؤثر عند أبي يوسف، وذلك (لأن النص في ذلك الوقت إنما كان للعادة، فحيث كانت العلة للنص على الكيل في البعض والوزن في البعض هي العادة تكون العادة هي المنظور إليها فإذا تغيرت تغير الحكم فليس في اعتبار العادة المتغيرة الحادثة مخالفة للنص، بل إتباع النص، وظاهر كلام المحقق ابن الهمام ترجيح هذه الرواية، أو استقراضها بالعدد كما في زماننا لا يكون مخالفاً للنص. . .)[1].

ويمكن أن نناقش أدلة الرأي الثَّاني بما يأتي:

أوَّلاً: يمكن الجواب عن حديث ابن عمر في البكر الصعب بأنه يحتمل أن يكون ابن عمر كان وكيلاً في القبض قبل الهبة وهو اختيار البغوي[2].

---

(١) نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف، المطبوع ضمن رسائل ابن عابدين، طبعة الآستانة (٢/ ١١٨).

(٢) فتح الباري (٤/ ٣٣٥ ـ ٣٣٦).

وأجاب بعضهم بأنه يحتمل أن يكون النبي ﷺ ساقه ـ أي: ساقَ الجملَ ـ بعد العقد. . . وسوقه قبض له؛ لأنه قبض كل شيء.

ولا يخفى أن هذين الاحتمالين بعيدان جدًّا لا يمكنهما التأثيرُ في ظاهر الحديث الدال على أن القبض يتم بمجرد التخلية والتمكن من القبض دون الحاجة إلى التحويل والحيازة الفعلية.

ثانياً: يمكن مناقشة حديث جابر بالاحتمالين السابقين، ولكن يجاب عنهما بالسابق.

ثالثاً: يمكن مناقشة حديث عائشة بأنه لا يدل على أن القبض قد تم بل كل ما يدل عليه هو أن الرسول ﷺ قد أخذها بالثمن، ولا يلزم منه تمام القبض.

رابعاً: وأما حديث ابن عمر في بيع الذهب بالفضة في الذمة ففيه مقالٌ حيث قال فيه الترمذي: (هذا حديث لا نعرفه مرفوعاً إلَّا من حديث سماك بن حرب عن سعيد بن جبير عن ابن عمر)[1]، وسماك هذا قال فيه ابن حزم: ضعيف يقبل التلقين، شهد عليه بذلك شعبة، وأنه كان يقول له: حدثك فلان عن فلان؟ فيقول: (نعم. . .)[2].

وقد تبع الشيخ الألباني ابن حزم وحكم بضعف الحديث، ورجح كونه موقوفاً وأتى لذلك بعض شواهد حسنة تجعل هذا الأثر الموقوف قويًّا[3].

ويمكن الإجابة على ذلك بأن الحديث قد حكم عليه الحاكم بالصحة وأنه على شرط مسلم، ووافقه الذهبي[4]، ووصفه شيخ الإسلام ابن تيمية بأنه من السُّنَّة الثابتة[5].

---

(١) سنن الترمذي ـ مع التحفة ـ البيوع (٤/ ٤٤٢).

(٢) المحلى (٩/ ٥٦٦).

(٣) إرواء الغليل (٥/ ١٧٣ ـ ١٧٥).

(٤) المستدرك مع تلخيص الذهبي (٢/ ٤٤).

(٥) مجموع الفتاوى (٢٩/ ٥١٠).

ومن جانب آخر إنهم ضعفوا الحديث بأمرين:

أحدهما: أن في سنده سماكُ بن حرب وهو ضعيف، وهذا غير مسلم على إطلاقه، بل إن بعض النقاد وصفوه بأنه يمكن تلقينه، ولا سيما في أحاديثه عن عكرمة، أما أحاديثه عن طريق سعيد بن جبير ـ مثل الحديث الذي معنا ـ وغيره فأكثر النقاد وثقوه، وحكموا له بالضبط، بل إن جماعة منهم قبلوا حديثه مطلقاً، وقال ابن عدي: وأحاديثه حسان، وهو صدوق، وقال صالح بن أحمد عن أبيه: سماك أصح حديثاً من عبد الملك بن عمير، وقال ابن معين: ثقة وكان شعبة يضعفه، وقال العجلي بكري: جائز الحديث إلَّا أنه كان في حديث عكرمة ربما وصل الشيء، وقال أبو حاتم: صدوق ثقة، وقال يعقوب: وروايته عن عكرمة خاصة مضطربة، وهو في غير عكرمة صالح، وليس من المثبتين، ومن سمع منه قديماً مثل شعبة وسفيان فحديثهم عنه صحيح مستقيم، والذي قاله ابن المبارك ـ من أنه ضعيف ـ إنما نرى أنه فيمن سمع منه بآخره. وربما هذا التقويم الأخير هو المعتمد، والجامع بين الأقوال المختلفة حوله، وهذا الحديث هو ما رواه عنه حماد، وهو من متقدمي الرواة عنه، وقد تابعه إسرائيل بن يونس. ومهما قلنا في هذا الحديث فإنه لا ينزل إلى درجة الحديث الحسن، وهو ينهض حجة وكيف لا، وقد حكم بصحته بعض النقاد مثل الذهبي، والحاكم، كما سبق.

ثانيهما: أنه موقوف. ويمكن أن يناقش بأنه وإن كان موقوفاً لكنه في حكم المرفوع، ولا سيما من ابن عمر الذي كان شديد التمسك بالآثار، ولا يخوض في الرأي إلا نادراً ولا سيما في مثل القضايا الربوية.

ومن جانب آخر إذا كان للحديث طريقان طريق مرفوع، وطريق موقوف، فالرفع هو المرجح، ولا سيما أن الأئمة الخمسة قد رفعوه[1].

---

(١) تهذيب التهذيب (٤/ ٢٣٢ ـ ٢٣٤).

الترجيح:

الذي يظهر لنا رجحانه بعد هذه الأدلة والمناقشة أن القبضَ هو التخلية، والتمكن من الاستلام الفعلي فيما عدا الطعام حيث تدل الأحاديث على أن له من الخصوصية والاهتمام لم توجد لغيره فالتحقيق لا يمكن إهمال هذه الأحاديث الدالة على وجوب قبض الطعام وكيله، أو وزنه إذا كان قد بيع بالكيل أو الوزن، ووجوب نقله وتحويله إذا كان قد بيع جزافاً، وأما فيما سوى الطعام فالأدلة ظاهرة ومتعاضدة في أنه لا يحتاج إلى النقل والتحويل، فقد رأينا أحاديث صحيحة دلت على أن القبض في الإبل ـ مثلاً ـ قد تم بمجرد العقد، حيث قام الرسول ﷺ بهبتها بعد العقد مباشرة دون النقل والتحويل، ولذلك لا يقاس على الطعام غيره من المنقولات.

وفي جميع الأحوال لا يشترط أن يستلم المشتري بالفعل المعقود عليه حتى في الطعام، حيث نرى أن البائع إذا كاله له، أو وزنه له، أو حوله إليه، أو أودعه في سيارته، أو سفينته فإن القبض قد تم، وأما في غير الطعام فمجرد التخلية يكفي، وذلك لأننا لو اشترطنا ـ حتى في الطعام ـ الاستلام الفعلي من المشتري فإنه قد يتعسف في استعمال حقه فلا يستلمه، وقد أبرز الكاساني هذا المعنى بصورة رائعة فقال: (فأما الإقباض فليس في وسعه ـ أي: البائع ـ لأن القبض بالبراجم[1] فعل اختياري للقابض، فلو تعلق وجوب التسليم به لتعذر عليه الوفاء بالواجب وهذا لا يجوز)[2].

ثمَّ إنَّ القبض لغة قد جاء بمعنى التمكين والتمكن دون الاستلام الفعلي، ولا نجد دليلاً في الشرع على تقييده غيرالأحاديث الواردة في النهي

(١) البراجم: جمع برجمة، وهي رؤوس السَّلاميات من ظهر الكف إذا قبض الشخص كفه نشزت وارتفعت والسَّلامي هي عظام الأصابع وقال قطرب: هي عروق ظاهر الكف والقدم، يراجع: المصباح المنير (١/ ٤٨ ـ ٣٠٧).

(٢) بدائع الصنائع (٧/ ٣٢٤٨).

عن بيع الطعام قبل قبضه أو استيفائه، أو تحويله، وهذه الأحاديث ـ في الواقع ـ ليست شرحاً للقبض، ولا تقييداً له، وإنما هي في عدم جواز البيع قبل القبض، لكنه مع ذلك يدل على نوع خصوصية للطعام، حيث يقول القرافي في الفروق بين الطعام وغيره في هذه المسألة: (إن الطعام أشرف من غيره لكونه سبب قيام البنية وعماد الحياة فشدد الشرع على عاداته في تكثير الشروط فيما عظم شرفه كاشتراط الولي والصداق في عقد النكاح دون عقد البيع. . .)[1].

وعلى ضوء ذلك تبقى القاعدة العامة هي أن القبض والتسليم هو التخلية والتمكن من الاستلام وليس الاستلام الفعلي باليد يقول الكاساني: (ولنا أن التسليم في اللغة عبارة عن جعله سالماً خالصاً، يقال: سلم فلان لفلان؛ أي: خلص له، وقال الله تعالى: ﴿وَرَجُلًا سَلَمًا لِّرَجُلٍ﴾[2]؛ أي: سالماً خالصاً لا يشركه فيه أحد، فتسليم المبيع إلى المشتري، هو جعل المبيع سالماً للمشتري، أي: خالصاً بحيث لا ينازعه فيه غيره، وهذا يحصل بالتخلية، فكانت التخلية تسليماً من البائع، والتخلي قبضاً من المشتري وكذا هذا في تسليم الثمن إلى البائع؛ لأن التسليم واجب، ومن عليه الواجب لا بد وأن يكون له سبيل الخروج عن عهدة ما وجب عليه، والذي في وسعه هو التخلية، ورفع الموانع، فعلى ضوء ذلك إن جميع الأحكام المترتبة على القبض تترتب على التخلية والتمكن من القبض، لكنه لا يجوز بيع الطعام قبل استيفائه وتحويله أو كيله ووزنه، وبهذا يتم الجمع والتوافق بين جميع الأدلة، ويكون للعقد أيضاً أثره دون أن يلغي أي دليل، والقاعدة الأصولية تقضي بأن الجمع بين الأدلة أولى من إلغاء أحدها[3].

---

(١) الفروق، ط دار المعرفة، بيروت (٣/ ٢٨١).

(٢) سورة الزمر: الآية ٢٩.

(٣) بدائع الصنائع (٧/ ٣٢٤٩).

التعريف المختار للقبض:

بعد هذا العرض لأقوال الفقهاء، وترجيح رأي القائلين: بأن القبض هو التخلية حسب العرض إلَّا في الطعام للأدلة الدالة عليه حيث لا يجوز بيعه إلَّا بعد كيله، أو وزنه، أو نقله وتحويله أو استيفائه، وذلك لأن (القبض)، ورد في الشرع اعتباره، ولم يرد تفسيره فيه، وكذلك لا نجد له في اللغة معنىً خاصًّا محدّداً، بل وجدناه تدور معانيه حول: الأخذ، والقبول للمتاع وإن لم يحول ـ كما قاله ابن الأعرابي ـ والتداول، والتمكن، والقدرة على الشيء ـ كما سبق ـ.

ومن هنا فالمرجع في ذلك إلى العرف، وعلى ضوء ذلك يمكن أن نقول في تعريفه المختار: هو: التخلية بين العاقد والمعقود عليه على وجه يتمكن من الاستلام بلا مانع، ولا حائل حسب العرف.

هذا هو حقيقة القبض في نظرنا لكن الدليل ـ كما قلنا ـ قام بخصوص الطعام فقيد جواز تصرف المشتري قبل تحويله ونقله إن كان قد بيع جزافاً، وقبل كيله أووزنه إن كان قد بيع كيلاً أو وزناً.

التعريف بالكلمات ذات الصلة بالقبض

١ ـ التعريف بالتخلية:

لما كان المراد بالقبض هو التخلية في جميع الأشياء عند الحنفية، وفي العقار عند الجمهور نرى من الضروري أن نشرحها شرحاً موجزاً.

التخلية: لغةً من الخلاء، فيقال: خلا المكان، والشيء ويخلو إذا لم يكن فيه أحد، ولا شيء، ويقال: امرأة خلية؛ أي: ليس عليها قيد الزوج، وخلى الأمر؛ أي: تركه[1].

---

(١) لسان العرب، ط دار المعارف (٢/ ١٢٥٤)، والقاموس المحيط، والمصباح المنير، مادة (خلا).

وفي اصطلاح الفقهاء التخلية هي: أن يمكن العاقد من التصرُّف في المعقود عليه دون مانع، ففي البيع مثلاً إذا أذن البائع للمشتري في قبض المبيع مع عدم وجود المانع حصلت التخلية، ويعتبر المشتري قابضاً للمبيع[١].

جاء في الفتاوى الهندية: (وتسليم المبيع هو أن يخلى بين المبيع وبين المشتري على وجه يتمكن المشتري من قبضه بغير حائل، وكذا التسليم في جانب الثمن)[٢].

وقال الكاساني: (فالتسليم والقبض عندنا هو التخلية، والتخلي، وهو أن يخلي البائع بين المبيع وبين المشتري برفع الحائل بينهما على وجه يتمكن المشتري من التصرُّف فيه، فيجعل البائع مسلماً للمبيع، والمشتري قابضاً له، وكذا تسليم الثمن من المشتري إلى البائع)[٣].

مدى الفرق بين القبض والتخلية:

اتَّجه بعض الفقهاء إلى أن القبضَ هو فعل المشتري، والتخليةُ فعل البائع، فهو يخلي المشتري ويمكنه من التسليم، والأخير بدوره يقبض ويتسلم[٤]، ولا يخفى أن هذا الاتجاه نظر إلى معناهما اللغوي، وأما الفرق بين معنيهما في الاصطلاح فهو أن القبض والتخلية متساويان عند الحنفية فكلاهما بمعنى واحد، وأما على ضوء من اشترط في القبض الكيل أو الوزن أو النقل فإن معنى التخلية يكون أعم، والقبض أخص ـ كما سبق ـ فعلى ضوء ذلك فالتخلية قبض في العقار اتفاقاً وفي غيره محل خلاف[٥].

---

(١) الموسوعة الفقهية ـ وزارة الأوقاف الكويتية ـ (١١/ ٥٦)، ويراجع أستاذنا الزرقاء: المدخل الفقهي العام (١/ ٦٥٥)، والمراجع الفقهية السابقة.

(٢) الفتاوى الهندية (٣/ ١٦).

(٣) بدائع الصنائع (٧/ ٣٢٤٨).

(٤) مغني المحتاج للخطيب الشربيني، ط بيروت ١٩٥٥م (٢/ ٧٢).

(٥) المصادر السابقة في التعريف بالقبض.

٢ ـ التسليم والتسلم:

التسليم لغة: هو إعطاء الشيء لآخر فيقبضه، والتسلم هو قبضه وأخذه، فكلاهما (من سلم) جاء في القاموس: (وسلمته إليه تسليماً فتسلمه: أعطيته فتناوله)[١].

والحنفية ساووا بين التسليم، والقبض والتخلية بناء على مذهبهم في عدم التفرقة بين المنقول وغيره في القبض، ولذلك يقول الكاساني: (وأما تفسير التسليم والقبض، فالتسليم والقبض عندنا هو التخلية والتخلي)[٢].

لكن جمهور الفقهاء لمّا كانوا يفرقون بين المنقول وغيره فيكون معنى التسليم أعم من معنى التخلية، إذ قد يكون بها، وقد يتم بالنقل، أو الكيل أو نحوه كما سبق.

والتسليم في البيع ـ مثلاً ـ يتم بتسليم المبيع والثمن دون أحدهما فقط[٣]، والتسليم في باب السلم لا بدّ أن يتم تسليم الثمن في المجلس عند الجمهور ـ الحنفية، والشافعية، والحنابلة[٤] ـ، في حين أجاز المالكية تأخيره إلى ثلاثة أيام[٥].

٣ ـ الحيازة:

هي لغةً بمعنى الجمع، وضم الشيء، كالحوز، والاحتياز[٦].

---

(١) القاموس المحيط، ط مؤسسة الرسالة (ص١٤٤٨).

(٢) بدائع الصنائع (٧/ ٣٢٤٨).

(٣) حاشية ابن عابدين (٤/ ٤٢)، وحاشية الدسوقي (٣/ ١٤٧)، ونهاية المحتاج (٢/ ٧٤)، والمغني مع الشرح الكبير، ط المنار بمصر (٤/ ٢٧٠).

(٤) ابن عابدين (٤/ ٢٠٨)، ومغني المحتاج (٢/ ١٠٢)، والمغني مع الشرح الكبير (٤/ ٣٢٨).

(٥) حاشية الدسوقي (٣/ ١٩٥).

(٦) القاموس المحيط، ولسان العرب، مادة «حوز».

وفي اصطلاح الفقهاء: هي وضع اليد على الشيء المحوز[1]، وعلى هذا المعنى تكون بمعنى القبض، وقد صرح بذلك المقداني، حيث قال: (والحاصل: الحوز والقبض شيء واحد)[2]، وجاءت (الحيازة بمعنى أخص من القبض عند المالكية)، حيث عرَّفوها بأنها: (هي وضع اليد والتصرُّف في الشيء المحوز كتصرف المالك في ملكه بالبناء والغرس، والهدم، وغيره من وجوه التصرُّف[3]، وقد ذكر الخطاب ثلاث مراحل للحيازة أضعفها: السكنى والازدراع، ويليها الهدم والبنيان، والغرس، والاستغلال، ويليها التفويت بتصرف ناقل للملكية مثل البيع، والهبة والصدقة ونحوها مما لا يفعله الإنسان إلَّا في ماله)[4].

٤ ـ يداً بيد:

ورد في الحديث الصحيح في قبض الأموال الربوية الستة «يداً بيد»[5]، والمراد به أن يتم التقابض في مجلس العقد. الحديث ـ ومعهم جمهور الفقهاء ـ بأن يكون حالاً مقبوضاً في المجلس قبل افتراق أحدهما عن الآخر[6]، وفسره الحنفية بأن يكون عيناً بعين؛ أي: لا يكون عيناً بعين بدليل رواية لمسلم بلفظ: «عيناً بعين»[7]، وقالوا: إن المراد به هو التعيين فقط دون

---

(١) البهجة شرح التحفة لأبي الحسن التسولي، ط دار المعرفة، بيروت ١٣٩٧ هجري (١/ ١٦٨). ويراجع بحث د. نزيه حماد في القبض (ص٣).
(٢) حاشية ابن رحال المعداني على شرح ميارة (١/ ١٠٩).
(٣) كفاية الطالب الرباني شرح ابن أبي زيد القرواني (٢/ ٣٤٠).
(٤) مواهب الجليل (٦/ ٢٢٢).
(٥) جزء من الحديث الصحيح الذي رواه مسلم في صحيحه (٣/ ١٢١١).
(٦) عون المعبود شرح سنن أبي داود (٩/ ١٩٩)، وتكملة المجموع (١٠/ ٩٦)، ويراجع حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني (٢/ ١٩٢)، والمجموع (٩/ ٤٠٤)، والمغني لابن قدامة (٤/ ١١، ٥١ ـ ٥٢).
(٧) صحيح مسلم، المساقاة (٣/ ١٢١٠).

التقابض الفعلي، إلَّا في النقود «الدراهم والدنانير»، حيث أنها لما كانت لا تتعين بالتعيين ـ أي: في نظر الحنفية ـ اشترط فيها التقابض، أما غيرها ـ من طعام، ومكيل وموزون ـ فلا يشترط التقابض، وإنما التعيين؛ لأن الغرض من القبض هو التمكن من التصرُّف، وذلك يتحقق بالتعيين[١].

٥ ـ هاء وهاء:

وردت هذه الكلمة في الحديث الصحيح الخاص باشتراط التقابض والفورية في بيع الذهب والفضة ونحوهما حيث جاء فيه: «الذهب بالذهب رباً إلَّا هاء وهاء، والبر بالبر رباً إلَّا هاء وهاء، والشعير بالشعير رباً إلَّا هاء وهاء، والتمر بالتمر رباً إلَّا هاء وهاء»[٢].

وكلمة «هاء» قال الحافظ ابن حجر: (بالمد وفتح الهمزة، وقيل بالسكون وحكى القصر بغير همز، وخطأها الخطابي، ورد عليه النووي وقال: هي صحيحة لكن قليلة، والمعنى خذ وهات[٣]، ويقول ابن منظور: (فقد اختلف في تفسيره، فقال بعضهم أن يقول كل واحد من المتبايعين هاء؛ أي: خذ، فيعطيه ما في يده، ثمَّ يفترقان، وقيل معناه: خذ وأعط)، وقال الأزهري: (... إلَّا هاء وهاء؛ أي: إلا يداً بيد كما جاء في الحديث الآخر، والأصل فيه هاك وهات)[٤].

والخلاصة أن هاتين الكلمتين يراد بهما التقابض في المجلس، ـ كما سيأتي ـ.

---

(١) البحر الرائق (٦/ ١٤١).

(٢) رواه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع مع فتح الباري (٤/ ٣٧٧ ـ ٣٧٨)، ومسلم في صحيحه، المساقاة (٣/ ١٢٠٩).

(٣) فتح الباري (٤/ ٣٧٨).

(٤) لسان العرب.

٦ ـ العقار والمنقول:

من الألفاظ ذات الصلة الكبيرة بمسألة القبض «العقار» و«المنقول»، حيث تدور التفرقة في كيفية القبض عليهما ـ كما سبق ـ لذلك ينبغي التعريف بهما هنا:

فالعقار ـ بفتح العين ـ لغة: المنزل والضيعة، وخصّ بعضهم بالعقار النخل، وكذلك العقر ـ بفتح العين وسكون القاف ـ قالت أم سلمة لعائشة رضي الله عنهما عند خروجها إلى البصرة: (سكن الله عقيراك فلا تصرحيها)؛ أي: أسكنك الله بيتك وعقارك وسترك فلا تبرزيه، قال ابن الأثير: (هو اسم مصغَّر مشتقّ من عقر الدار، وقال الزمخشري: كأنها تصغير العقرى ويقال: عقار البيت؛ أي: متاعه ونضده الذي لا يتبدل إلّا في الأعياد، واستعمل «عقار» بالضم بمعنى متاع البيت، وبمعنى نوع من الثياب الأحمر، وبمعنى الخمر وهو الأكثر، وعقر الدار أصلها ووسطها، وهو محلة القوم)[1].

وفي الحديث رُوي أنه ﷺ قال: «**من باع داراً أو عقاراً فلم يجعل ثمنه في مثله كان قمناً أن لا يبارك فيه**»[2]، وقال أنس بن مالك: (لما قدم المهاجرون المدينة من مكة وليس بأيديهم، وكانت الأنصار أهل الأرض والعقار...)[3]، والحديثان يدلان بوضوح على أن العقار يطلق على غير الأرض حيث أطلق في الحديث الثّاني على ما يقابل الأرض ما يدل على أنه غيرها، أو على الأقل أنه يطلق على غيرها.

---

(١) لسان العرب، والقاموس المحيط، مادة «عقر».

(٢) رواه ابن ماجه في سننه (٢/ ٨٣٢) بإسنادين عن سعيد بن حريث عن طريق إسماعيل بن إبراهيم، وهو ضعفه البخاري وأبو داود وغيرهما، انظر: تهذيب التهذيب (١/ ٢٧٩)، ورواه أحمد (٤/ ٣٠٧)، وفي رواية أخرى عنده (٣/ ٤٦٧) زيادة «أو غيره» بعد «مثله».

(٣) صحيح البخاري ـ مع الفتح ـ كتاب الهبة (٥/ ٢٤٣).

وفي اصطلاح الفقهاء ثار خلاف فيما بينهم حيث ذهب الحنفية إلى أن العقار: (ما له أصل ثابت لا يمكن نقله، وتحويله)، كالأراضي والدور[1].

فالعقار عندهم لا يشمل البناء والشجر، لكنهم يلحقونها به حكماً على سبيل التبعية، ـ ومعنى هذا ـ كما يقول أستاذنا الزرقاء: (إن البناء والشجر في النظر الفقهي، لهما اعتباران: فهما منفردان من المنقولات، وهما مع العقار عقار بالتبعية)[2].

وذهب الجمهور ـ المالكية والشافعية والحنابلة ـ إلى أن العقار يشمل الأرض والبناء والشجر[3].

والذي يظهر رجحانه رأي الجمهور وذلك لأن لفظ العقار أطلق في اللغة على الأرض والبناء والمتاع، وكذلك أطلق في الأحاديث على غير الأرض أيضاً ـ كما سبق ـ، بل ورد حديث صحيح آخر يدل على إطلاق «العقار» على الأرض والبناء صراحةً، وهو ما رواه البخاري بسنده عن أبي هريرة قال: قال النبي ﷺ: **«اشترى رجل من رجل عقاراً له، فوجد الرجل الذي اشترى العقار في عقاره جرة فيها ذهب، فقال له الذي اشترى العقار: خذ ذهبك مني، إنما اشتريت منك الأرض، ولم أبتع منك الذهب»**[4]. . .، فالمراد بلفظ «عقاراً» هنا الدار ـ بلا شك ـ الشاملة للأرض والبناء كما يدل على ذلك بقية الحديث.

---

(١) حاشية ابن عابدين، ط مصطفى الحلبي (٤/ ٣٦١).
(٢) الأستاذ مصطفى الزرقاء: المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي (ص١٠٣).
(٣) يقول الخراشي (٦/ ١٦٤): (والعقار هو الأرض وما اتصل بها من بناء أو شجر)، ويراجع: الروضة (٥/ ٦٩)، والغاية القصوى (٢/ ٥٩٩)، ومغني المحتاج (٢/ ٧١)، وكشاف القناع (٣/ ٢٠٢).
(٤) صحيح البخاري ـ مع الفتح ـ الأنبياء (٦/ ٥١٥ ـ ٥١٧).

وأما المنقول فالمراد به هنا هو ما يمكن نقله وتحويله، وبعبارة أدق هو غير العقار، فيشمل المكيلات والموزونات، والحيوانات والسيارات والطائرات والسفن، ونحوها[1].

القبض الصحيح والقبض الفاسد:

القبض الصحيح: هو أن يتحقق في القبض شروطه على ضوء ما في كل مذهب ـ كما سبق ـ.

أما القبض الفاسد: فهو أن يتم القبض على عكس ما اشترطه كل مذهب، فمثلاً لو تم قبض ما اشترط في قبضه الكيل بالوزن كان هذا القبض فاسداً، وهكذا في كل شرط، يقول شيخ الإسلام ابن تيمية: (فلو اشترى قفيزاً من صبرة، أو رطلاً من زبرة ـ أي: الحديد ـ ونحو ذلك مما يشترط في إقباضه الكيل، أو الوزن فقبض الصبرة كلها أو الزبرة كلها، فإن هذا قبض فاسد لا يبيح له التصرُّف إلَّا بتميز ملكه عن ملك البائع، ومع هذا فلو تلفت تحت يده كانت مضمونة)[2].

قبض حلال وقبض حرام:

فالقبض قد يكون حلالاً وهذا يتحقق في حالتين هما:

١ ـ قبض مأذون له من الشرع فقط دون إذن المستحق مثل قبض ولاة الأمور والحكام الأعيان المغصوبة من الغاصب، وقبضهم أموال الزكاة وحقوق بيت الأموال، وقبضهم أموال الغائبين والمحبوسين الذين لا يتمكنون من حفظ أموالهم، وقبضهم أموال المجانين، والمحجور عليهم بسفه ونحوهم، ومنها قبض المضطر من طعام الأجانب بغير إذنهم لما يدفع به ضرورته، ومنها قبض الإنسان حقه إذا ظفر به.

---

(١) تراجع المصادر الفقهية التي سبق ذكرها عند الكلام عن القبض.

(٢) مجموع الفتاوى، ط السعودية (٢٩/ ٤٠٠ ـ ٤٠١).

٢ ـ قبض بعد إذن المستحق كقبض المبيع بإذن البائع، وقبض المستام، وقبض الرهون والهبات والعواري، والودائع، وجميع الأمانات.

وأما القبض الحرام فهو قبض بغير إذن من الشرع ولا من المستحق، وهذا إنما يكون مع العلم بتحريمه كقبض المغصوب، فيأثم الغاصب، ولكنه مع ذلك يترتب على هذا القبض أثر وهو الضمان، وكذلك القبض في العقد الفاسد والمخالف للشرع حتى ولو وجد فيه إذن من المستحق[(١)].

الحكمة من اشتراط القبض:

لمّا كانت المعاملات من النوع الذي يسميه معظم الأصوليين «معقولة المعاني»[(٢)]، ولذلك فالحكمة من القبض هي تمكين كل من العاقدين من الثمن والمثمن، وحيازته، إذ أن العقد دون الوصول إلى المعقود عليه عبث لا فائدة منه، فالغرض من بيع شيء هو استيفاؤه وحيازته، ولذلك نص المحققون على أن المقصود بالعقود هو التقابض[(٣)].

وفي عصرنا الحاضر تظهر حكمة اشتراط القبض أكثر ولا سيما في النقود الورقية، حيث يمكن أن تحدث خسارة كبرى، أو ربح كبير خلال دقائق، فلو اشترى ـ مثلاً ـ إنسان لديه عملة يابانية من آخر لديه دولارات، ولم يتم التقابض، ثمَّ جاءت النكسة للدولار ـ حيث انخفض بنسبة ٢٠٪ ـ أو ما يؤدي ذلك إلى خصومة ونزاع ولا سيما إذا كانت الصفقة كبيرة،

---

(١) قواعد الأحكام في مصالح الأنام (٢/ ٧١) بتصرف تغيير في أقسام القبض حيث قسمه إلى ثلاثة أقسام ويراجع: «القواعد» لابن رجب الحنبلي، ط الكليات الأزهرية (ص٥٦).

(٢) ذكر بعض العلماء أن النهي عن بيع الطعام قبل قبضه تعبدي لكن الراجح أنه معقول المعنى؛ لأن الشارع له غرض وحكمة من ذلك. تراجع المصادر الفقهية والحديثية السابقة.

(٣) مجموع الفتاوى لابن تيمية (٢٩/ ٤٠٢ ـ ٤٠٣).

فلو كانت مائة مليون تكون الخسارة عشرين مليوناً، فوضعت الشريعة حدًّا فاصلاً عن طريق القبض، ولذلك نهت الشريعة عن كل عقد يؤدي إلى نزاع ومشاكل، ولهذا السبب نفسه نهت عن بيع ما ليس لدى الإنسان، والغرر ونحو ذلك.

ما يشترط فيه القبض الفوري:

إذا كان العقد في الصرف (والنقود) فلا بد من القبض داخل المجلس، حيث إنه جامع المتفرقات.

ثمَّ إن الجمهور ـ أي: الحنفية والشافعية والحنابلة ـ لم يشترطوا الفورية في الصرف ما دام المجلس باقياً[١]، ولذلك كان بإمكان أحد العاقدين فيها أن يسلم الثمن أو المثمن في آخر المجلس حتى ولو عقده في أول المجلس، حتى قال ابن قدامة وغيره: (ولو تماشيا مصطحبين إلى منزل أحدهما، أو إلى الصراف فتقابضا عنده جاز. . .)؛ لأنهما لم يفترقا قبل التقابض، فأشبه ما لو كان في سفينة تسير بها. . . وقد دل ذلك حديث أبي برزة الأسلمي للذين مشيا في جانب المعسكر «وما أراكما افترقتما»[٢].

غير أن المالكية اشترطوا القبض الفوري في الربويات قال ابن رشد: (إن تأخر القبض في المجلس بطل الصرف وإن لم يفترقا. . .)، وسبب الخلاف ترددهم في مفهوم قوله ﷺ: «**إلا هاء وهاء**»[٣]، وذلك أن هذا

---

(١) حاشية ابن عابدين (٤/ ٨٢)، والغاية القصوى (١/ ٤٦٥)، والروضة (٣/ ٢٧٨)، والمغني لابن قدامة (٤/ ٥٩).

(٢) المغني (٤/ ٥٩ ـ ٦٠)، ويراجع الحديث في الترمذي مع شرحه تحفة الأحوذي (٤/ ٤٥١) حيث قال: وهكذا يروى عن أبي برزة الأسلمي أن رجلين اختصما إليه في فرس بعدما تبايعا وكانوا في سفينة فقال: «لا أراكما افترقتما».

(٣) جزء من الحديث الصحيح الذي رواه البخاري، وصححه ـ مع الفتح ـ (٤/ ٣٧٩ ـ ٣٨٣)، ومسلم (٣/ ١٢٠٨).

يختلف بالأقل والأكثر، فمن رأى أن هذا اللفظ صالح لمن لم يفترق من المجلس أعني أنه يطلق عليه أنه باع (هاء وهاء) ـ قال: يجوز التأخير في المجلس، ومن رأى أن اللفظ لا يصح إلَّا إذا وقع القبض من المتصارفين على الفور قال: (إن تأخر القبض عن العقد في المجلس بطل الصرف. . .)[1].

والراجح هو رأي الجمهور، وذلك لما روى البخاري ومسلم بسندهما عن مالك بن أوس أنه التمس صرفاً بمائة دينار، فدعاني طلحة بن عبيد الله فتراوضنا، حتى اصطرف مني، فأخذ الذهب يقلبها في يده، ثمَّ قال: حتى يأتي خازني من الغابة، وعمر يسمع ذلك، فقال: والله لا تفارقه حتى تأخذ منه، قال رسول الله: «**الذهب بالورق رباً إلَّا هاء وهاء. . .**»[2]، وجه الاستدلال أن عمر فسر حديث النبي ﷺ: «**إلا هاء وهاء**» بأن لا يفترقا في المجلس، قال ابن الأثير: (هاء وهاء) هو أن يقول كل واحد من المتبايعين: هاء فيعطيه ما في يده كالحديث الآخر: «يداً بيد»، يعني مقابضة في المجلس[3]، وذكر المزني أن حديث عمر هذا وإن كان يحتمل القبض الفوري، والقبض في المجلس لكن تفسيره من خلال قوله لمالك بن أوس: لا تقابض حتى تعطيه ورقة، أو ترد إليه ذهبه، يدل على أن المراد به التقابض في المجلس[4].

وأما قوله ﷺ: «**يداً بيد**»[5]، فلا يدل على اشتراط القبض الفوري بعد

---

(١) بداية المجتهد (٢/ ١٩٧)، وبلغة السالك (٢/ ٣٦٩)، والموطأ (ص٣٩٣).
(٢) صحيح البخاري ـ مع الفتح ـ كتاب البيوع (٤/ ٣٧٧)، ومسلم، المساقاة (٣/ ١٢٠٩).
(٣) فتح الباري (٤/ ٣٨٠).
(٤) مختصر المزني بهامش الأم (٢/ ١٣٨).
(٥) روى مسلم في صحيحه (٣/ ١٢١١)، وغيره بلفظ: «الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والملح بالملح مثلاً بمثل، يداً بيد. . .».

العقد مباشرة حتى وإن ظل المجلس قائماً، وكذلك لا يدل على اشتراط القبض باليد، وإنما المقصود به أن يتم القبض الفعلي في المجلس، قال الخطابي في شرح هذه الأحاديث: (فيه بيان أن التقابض شرط في صحة البيع في كل ما يجري فيه الربا من ذهب وفضة وغيرهما من المطعوم وإن اختلف الجنسان)، وقال شُرَّاح الحديث: «يداً بيد»؛ أي: حالاً مقبوضاً في المجلس قبل افتراق أحدهما عن الآخر[1].

بل إن جماعة من شراح الحديث فسروا «يداً بيد»؛ أي: عيناً بعين، بدليل رواية لمسلم بلفظ: «عيناً بعين»[2] بدل ذلك؛ أي: لا يكون عيناً بدين أو ديناً بدين؛ لأن ذلك رباً.

وقد حصر الحنفية اشتراط القبض في المجلس على الصرف فقط (والنقود) أما غيره من الربويات فلا يشترط فيه إلَّا التعيين في المجلس، جاء في الدرّ المختار: (والمعتبر تعيين الربوي في غير الصرف ـ ومنه مصوغ ذهب وفضة ـ بلا شرط تقابض، حتى لو باع برّاً ببرّ بعينهما وتفرقا قبل القبض جاز)[3]، قال ابن عابدين: (لأن غير الصرف يتعين بالتعيين ويتمكن من التصرُّف فيه فلا يشترط قبضه، قياساً على الثياب ونحوها. . .، والتقابض قبل الافتراق بالأبدان ليس بشرط لجوازه إلَّا في الذهب، والفضة)[4].

وأما الشافعية والحنابلة[5]، فاشترطوا التقابض في المجلس في كل الربويات سواء بيعت بجنسها أم بغير جنسها، وأما المالكية فقد اشترطوا الفورية في جميع الربويات[6].

---

(١) عون المعبود شرح سنن أبي داود (٩/ ١٩٩)، وتكملة المجموع لابن السبكي (١٠/ ٩٦).
(٢) صحيح مسلم، المساقاة (٣/ ١٢١٠).
(٣) الدر المختار حاشية ابن عابدين (٤/ ١٨٢ ـ ١٨٣).
(٤) المصدر السابق نفسه.
(٥) الروضة (٣/ ٣٧٨)، والغاية القصوى (١/ ٤٦٥)، والمغني (٤/ ١١).
(٦) الموطأ (ص٤١٠).

ورأي الشافعية ومن معهم هو الراجح لورود أحاديث صحيحة ثابتة متفق عليها تدل بوضوح على اشتراط كون البيع في الربويات «يداً بيد» سواء كان في مختلفي الجنس، أو متفقيه[1].

وأما غير الربويات (من المنقولات والعقارات ونحوها) فلا يشترط فيه القبض الفوري، ولا القبض في المجلس[2].

ويمكن تلخيص ما قلناه بأن العقود بالنسبة إلى التقابض على أربعة أقسام:

منها: ما يجب فيه التقابض قبل التفرق بالإجماع، وهو الصرف.

ومنها: ما لا يجب بالإجماع كبيع المطعومات وغيرها من العروض بالنقدين الذهب والفضة.

ومنها: ما يشترط فيه التقابض عند الشافعي ومالك وأحمد خلافاً لأبي حنيفة وهو بيع الطعام بالطعام حيث يكتفى فيه بالتعيين في المجلس.

ومنها: ما يشترط فيه التقابض الفوري عند مالك وهو الصرف خلافاً لأبي حنيفة والشافعي، وأحمد[3].

أركان القبض وشروطه

لا يخفى أن القبض باعتباره تصرفاً من التصرُّفات فله أركانه وشروطه، ونحن في هذه العجالة نوجز القول فيها بقدر الإمكان.

فأركانه هي القابض، والمقبض، والمقبوض، ويشترط في المتقابضين

---

(١) انظر: صحيح البخاري ـ مع الفتح ـ (٤/ ٣٧٩ ـ ٣٨٣)، ومسلم (٣/ ١٢٠٨ ـ ١٢١٢)، والموطأ (ص٤١٠)، ومسند الشافعي (ص٤٨)، وأحمد (٣/ ٤، ٥/ ٤٩)، والمستدرك (٢/ ٤٣)، والسنن الأربع وغيرها.

(٢) المصادر الفقهية السابقة.

(٣) تكملة المجموع لابن السبكي (١٠/ ٩٣).

ما يشترط في العاقدين من ثبوت الأهلية لهما، وفي جريان الخلاف بين الفقهاء في قبض الصبي المميز[1]، والسفيه[2].

ويؤكد ذلك ما ذكره علماء الشروط والوثائق من التأكيد على ثبوت الأهلية الكاملة للقابضين، حيث نجد في وثائقهم: (أقرّ في صحة بدنه وعقله، وجواز أمره طائعاً أنه قبض واستوفى من فلان كذا...)[3].

ولكن هناك استثناءات حيث يتساهل في القبض ما لا يتساهل في العقد، فعلى سبيل المثال إن العقد لا يصح البتة عند الشافعية من الصبي ـ سواء كان مميزاً أم غير مميز ـ في حين يصح منه القبض بقول الزركشي: (تعتبر فيه ـ أي: القبض والإقباض ـ الأهلية إلَّا في صور:

منها: إذا قال مالك الوديعة سلمها لهذا الصبي ففعل بريء، كما لو قال: ألقها في البحر، وكذلك لو وكله في إقباض الزكاة لمعين....

---

(١) حيث ذهب جمهور الفقهاء إلى جواز تصرفات الصبي المميز وعقوده في الجملة وإن اختلفوا في التفصيلات، وذهب الشافعية والظاهرية، وأبو ثور إلى عدم صحة تصرفاته مطلقاً. يراجع في تفصيل ذلك: بدائع الصنائع (٦/ ٢٩٨٧)، وفتح القدير (٧/ ٣١٠)، والدسوقي (٣/ ٢٩٤)، وبداية المجتهد (٢/ ٢٨٢)، والإنصاف (٥/ ٥١٨)، والأم (٣/ ١٩١)، وفتح العزيز (٨/ ١٠٥)، والغاية القصوى (١/ ٥١٣، ٢/ ٦٩٧)، والمحلى (٩/ ١٧٠).

(٢) ذهب الجمهور إلى الحجر على السفيه، وبالتالي عدم صحة تصرفاته المالية، وذهب أبو حنيفة إلى عدم الحجر عليه إذا بلغ رشيداً ثمَّ عاوده السفه أو بلغ عمره ٢٥ سنة. يراجع في تفصيل ذلك: فتح القدير (٧/ ٣١٤)، وبداية المجتهد (٢/ ٢٨٠)، والروضة (٤/ ٥١٨)، والمغني لابن قدامة (٤/ ٥١٨)، والمحلى (٩/ ١٩٣)، ومبدأ الرضا في العقود (١/ ٣١٨).

(٣) كتاب الشروط والوثائق لأبي النصر السمرقندي ت ٦١٩هجري، تحقيق محمد جاسم الحديثي، ط دار الحرية ببغداد (ص١٣٧، ١٥٩).

ومنها: لو ثبت للسفيه دين فقبضه بإذن وليه فوجهان: رجح الحناطي الصحة. . . .

ومنها: ما لو باع سلعته من رجل ثمَّ جن المشتري فقبض البائع منه صح وإن قبض من مجنون قاله البغوي في التهذيب[1].

شروط القبض:

ذكر الفقهاء شروطاً عامة يجب توافرها لصحة القبض، كما ذكروا شروطاً خاصة أوجبوا تحققها في قبض العقار، وقبض المنقول.

والشروط العامة ـ في الواقع ـ تذكر مع أركان القبض ـ المتقابضين، والمقبوضة ـ وتلحق بها وهي أن يصدر من جائز التصرُّف[2]، وأن يكون القبض بعد عقد صحيح، من بيع وهبة، وإجارة ونحوها، وأن لا يكون المقبوض مشغولاً بحق غيره ـ أي: غير القابض ـ[3].

وأما الشروط الخاصة بالقبض فتكمن بالنسبة للمنقول في أن يتم قبض كل شيء بحسبه، وذلك بأن يتم قبض النقود عن طريق المناولة باليد ـ عند جماعة من الفقهاء ـ وقبض غيرها عن طريق النقل، أو الكيل، أو الوزن على التفصيل الذي ذكرناه في كيفية القبض.

غير أن الفقهاء ذكروا شروطاً خاصة للتخلية نذكرها بإيجاز:

---

(١) المنثور في القواعد للزركشي، ط وزارة الأوقاف تحقيق د. تيسير فايق (٣/ ٥٧).

(٢) والمراد بجائز التصرُّف هو كل من يصح عقده سواء أكان بإجازة من الولي، أو الوصي أم بدونها، على ضوء تفصيل في كل مذهب، فمثلاً الصبي المميز تصح تصرفاته ـ من حيث المبدأ ـ عند الجمهور، ولا تصح عند الشافعية ـ كما سبق ـ آنفاً في الهامش عند التحدث عن أركان القبض.

(٣) المصادر الفقهية السابقة، ويراجع: حاشية ابن عابدين (٤/ ٤٣)، والفتاوى الهندية (٣/ ١٧ ـ ١٨)، والمجموع (٩/ ٢٧٦).

شروط التخلية:

يظهر مما ذكره الفقهاء ـ ولا سيما الحنفية ـ أن التخلية إنما تتحقق على وجهها الأكمل إذا توفرت فيها الشروط الآتية:

١ ـ التمكن من القبض.

٢ ـ عدم وجود مانع يحول بين العاقد ـ أي: المشتري والمستأجر ـ والمعقود عليه، بحيث إذا أراد استلامه يتمكن منه بلا كلفة، ولا عناء.

٣ ـ الإذن بالقبض، أو على حسب تعبير الفقهاء: (أن يقول: خليت بينك وبين المبيع)، وهذا الشرط عند الحنفية في ظاهر الرواية، فعلى ضوء ذلك: (فلو لم يقله، أو كان بعيداً لم يصر قابضاً)، وعلق عليه ابن عابدين: (ومقابل ظاهر الرواية ما في المحيط وجامع شمس الأئمة أنه بالتخلية يصح بالقبض وإن كان العقار بعيداً غائباً عنهما عند أبي حنيفة خلافاً لهما، وهو ضعيف كما في البحر)، وفي الخانية: والصحيح ما ذكر في ظاهر الرواية؛ لأنه إذا كان قريباً يتصور فيه القبض الحقيقي في الحال، فتقام التخلية مقام القبض، أما إذا كان بعيداً لا يتصور القبض في الحال فلا تقام التخلية مقام القبض[١]، ولا يشترط أن يكون ذلك باللفظ بل قد يكون بالكتابة، أو الوضع، أو أخذ الثمن، وترك البائع ليقبض السلعة أو حسب ما تعارف عليه.

وقد رتب فقهاء الحنفية على اشتراط الإذن في القبض عدَّة مسائل ذكرها صاحب الفتاوى الهندية حيث أوضح أنه إذا قبض المشتري المبيع، وفي هذه الحالة إذا خلى المشتري بين المبيع والبائع بعد قبضه بغير إذن البائع لا يصير البائع قابضاً إلَّا إذا قبضه حقيقة.

---

(١) حاشية ابن عابدين (٤/ ٤٣).

ولو تصرف المشتري في ذلك تصرفاً يلحقه النقص كالبيع والهبة والرهن والتأجير والصدقة تقضي التصرُّف، وإن كان لا يلحقه الفسخ، كالعتق، والتبديد وأمثالها لم يملك البائع رده إلى يده.

ولو نقد المشتري بائعه فوجده البائع زيوفاً أو ستوقة أو مستحقًّا[1]، أو وجد بعضه كذلك كان له أن يمنع البيع، فإن كان المشتري قبضه بغير إذن البائع بعدما نقد الزيوف أو أمثالها فللبائع أن ينقض قبضه ولو تصرف فيه المشتري نقض تصرفه إذا كان تصرفاً يحتمل النقض.

وإن لم يجد البائع شيئاً ـ من الزيوف وأمثالها في الثمن ـ حتى باع المشتري المبيع أو أجره أو رهنه ثمَّ إن البائع وجد في الثمن شيئاً مما ذكرناه فجميع ما صنعه المشتري جائز لا يقدر البائع على رده ولا سبيل له على المبيع.

قال محمد رضي الله تعالى عنه في الجامع: إذا اشترى رجل خفين أو نعلين، وقبض أحدهما بغير إذن البائع ولم يقبض الآخر حتى هلك ما كان عند البائع هلك من مال البائع فلم يجعل قبض أحدهما قبضاً للآخر، ولو أحدث بأحدهما عيباً قبل القبض صار قابضاً لهما جميعاً، ولو قبض أحدهما فاستهلكه أو عيبه صار قابضاً للآخر ولو أذن البائع للمشتري في قبض أحدهما كان إذناً في قبضهما حتى لو قبضها ثمَّ استرد البائع أحدهما ليحبسه بالثمن صار غاصباً[2].

وقد اشترط الشافعية أيضاً أن يتلفظ البائع بالإذن بالقبض للمشتري إذا لم يكن المشتري قد دفع الثمن، أو لم يكن المشتري قد دفع الثمن، أو لم يكن البيع مؤجلاً، يقول النووي: (للمشتري الاستقلال بقبض المبيع بغير إذن البائع إن كان دفع الثمن إليه، أو كان مؤجلاً، كما للمرأة قبض صداقها بغير

(١) الفتاوى الهندية (٣/ ١٧ ـ ١٨).
(٢) هذه من أنواع النقود المغشوشة في عصرهم.

إذن الزوج إذا سلمت نفسها)[1]، وهذا هو الراجح، واشترطوا كذلك عدم وجود مانع شرعي ـ أي: في غير المنقول ـ بأن يكون خالياً من أمتعة غير المشتري، وبعبارة أخرى أن لا يكون فيه أمتعة للبائع، أو للمستأجر والمستعير، ونحوهم؛ لأن التسليم في العرف موقوف على ذلك[2]، واشترطوا كذلك أن لا يوجد بائع حسي أيضاً كأن تكون الدار في يد الغاصب[3].

غير أن الشافعية استثنوا الأشياء التافهة مثل أن يكون في الأرض زرع قليل، أو أن يوجد في البيت حصير، أو مواعين فلا يقدم مثل ذلك في التخلية، ولو وضعت الأمتعة في جزء من المبيع حصل القبض فيما عدا هذا الجزء، وصرحوا كذلك بأنه (لا يكفي زمن إمكان تفريغه، ونقله، بل لا بدّ من تخليته، ونقله بالفعل حيث كان مشتغلاً)[4].

مَن عليه التسليم أوَّلاً:

إذا امتنع كل واحد من العاقدين من تسليم ما عليه حتى يسلمه الآخر، ورفع الأمر إلى القضاء، فإن القاضي يجبر المشتري على دفع الثمن، ثمَّ البائع على تسليم المبيع، وبذلك إجبار المستأجر على دفع الأجرة إن كانت مقدمة،

---

(١) وقد ذكر النووي ما يدل على أن العدالة تقتضي ذلك، فكما أن للبائع الحق في حبس المبيع ما دام المشتري لم يدفع الثمن الحال فكذلك لا بدّ أن يكون للمشتري الحق في قبضه دون إذن البائع ما دام قد دفع الثمن، أو كان مؤجلاً، إذ أن العقد نفسه فوق الإذن، ولكن الحبس لأجل الاستيفاء، يراجع: المجموع (١/ ٢٧٠)، والفتاوى الكبرى لابن حجر الهيثمي، ط المكتبة الإسلامية (٢/ ٢٥٣).

(٢) مغني المحتاج (٢/ ٧٣). وزاد المحتاج للكوهجي، ط قطر دار إحياء التراث الإسلامي (٢/ ٧٥)، ونهاية المحتاج (٤/ ٩٤).

(٣) المصادر السابقة، والروضة (٣/ ٥١٥) ـ (٥٢).

(٤) نهاية المحتاج (٤/ ٩٤).

ثمَّ المؤجر على دفع الأجر وهكذا، وهذا ما عليه الحنفية والمالكية، ووجه للشافعية[1].

وذهب آخرون إلى أن البائع والمؤجر ونحوهما يجبرون أولاً، ثمَّ المشتري والمستأجر ونحوهما وهذا ما عليه الشافعية في قول، والحنابلة.

وذهب فريق ثالث ـ وهو رأي الشافعية ـ إلى أنه يجبر العاقدان على التسليم؛ لأنه واجب عليهما أو يحتكمان إلى محكم عدل، أو حاكم فيسلمان إليه، ويقوم العدل بتسليم كل واحد حقه يبدأ بأيهما شاء.

ولكنهم اتفقوا على أنه لو جاء البائع بالمبيع فامتنع المشتري من قبضه أجبره الحاكم على ذلك. فإن أصر أمر الحاكم من يقبضه عنه.

وذهب رأي رابع إلى التفرقة بين ما إذا كان المعقود عليه عيناً بثمن، أو كان عيناً أو عرضاً بعرض، فإذا كان عيناً بثمن أجبر البائع، وإلا جعل بينهما عدل فيقبض منهما، ثمَّ يسلم إليهما، وهذا رواية عن أحمد[2].

وذهب ابن قدامة: إلى أنه يجب على البائع تسليم المبيع حتى يحضر الثمن ويتمكن المشتري من تسليمه[3]، أما إذا لم يرفع الأمر إلى القضاء فالواجب الديني على الخلاف السابق، حيث ذهب الفريق الأوَّل إلى أن الواجب يقع على المشتري، وقال الثَّاني: يقع على البائع... وهكذا... .

وقد استدل القائلون بوجوب تسليم المبيع أوَّلاً بأن ذلك يؤدي إلى استقرار البيع، وتمامه، فكان تقديمه أولى ولا سيما أن حكم العقد يتعلق بعينه في حين أن حق البائع يتعلق بالذمة، وأيضاً أن في تقديم تسليم المبيع

---

(١) يراجع: بدائع الصنائع (٧/ ٣٢٦٠)، والدسوقي (؟/ ؟؟؟)، وروضة الطالبين (٣/ ٥١٧)، ونهاية المحتاج (٤/ ٩٩)، ومغني المحتاج (٢/ ٧٠ ـ ٧٥)، والمغني لابن قدامة (٤/ ٢١٩).

(٢) المصدر السابق.

(٣) المغني (٤/ ٢٢٠)، حيث قال: (ويقوى عندي أنه لا يجب...).

صيانة العقد عن الانفساخ بهلاك المبيع، في حين لا ينفسخ العقد بهلاك الثمن غير المعين، ومن هنا يكون تقديم ما تعلق بالعين أولى لتأكده، ولذلك يقدم الدين الذي يتعلق بالرهن في ثمنه على ما تعلق بالذمة[1].

واستدل الرأي الرَّابع بهذا الدليل لكنه أضاف إليه أن الثمن إذا كان عيناً فقد تعلق الحق بعينه أيضاً كالمبيع فاستويا، وقد وجب لكل واحد منهما على صاحبه حق قد استحق قبضه فأجبر كل واحد على إيفاء صاحبه حقه. لكن الرأي الأوَّل رد عليه بأن الثمن لا يتعين بالتعيين فأشبه غير المعين[2].

واستدل الفريق الأوَّل بما يأتي:

أوَّلاً: قول النبي ﷺ: «**الدين مقضيٌّ والزَّعيم غارم**»[3]، وجه الاستدلال به ـ كما يقول الكاساني ـ أن النبي ﷺ وصف الدين بكونه مقضياً عاماً أو مطلقاً، فلو تأخر تسليم الثمن عن تسليم المبيع لم يكن هذا الدين مقضياً، وهذا خلاف النص، ولذلك يعتبر تقديم تسليم المبيع على الثمن تأخيراً للدين، وهو منفي بظاهر النص.

ثانياً: إن المفاوضات مبناها على المساواة عادة وحقيقة، ولا تتحقق المساواة إلَّا بتقديم تسليم الثمن؛ لأن المبيع متعين قبل التسليم والثمن لا يتعين إلَّا بالتسليم على أصول الحنفية، فلا بدَّ من تسليمه أولاً تحقيقاً للمساواة[4].

ثالثاً: أن للبائع حبس المبيع على تسليم الثمن، ومن استحق ذلك لم يكن عليه التسليم قبل الاستيفاء كالمرتهن[5].

---

(١) المغني (٤/ ٢١٩)، والمصادر السابقة.
(٢) المرجع السابق (٤/ ٢١٩).
(٣) رواه أبو داود ـ مع عون المعبود (٩/ ٤٧٦)، والترمذي ـ مع تحفة الأحوذي (٤/ ٤٨١)، وابن ماجه (٢/ ٨٠٤)، وأحمد (٥/ ٢٧٥، ٤/ ٢٠٦)، والسنن الكبرى (٦/ ٧٢).
(٤) بدائع الصنائع (٧/ ٣٢٦٠).
(٥) المغني لابن قدامة (٤/ ٢١٩).

واستدل الفريق الثَّالث بأنه لا يوجد فرق أساسي بين الثمن والمثمن من جهة التسليم، كما أن لكل واحد من المتبايعين حقًّا في مقابل حق الآخر، فلا شيء يعتد به يرجح أحدهما على الآخر، ولذلك يجب على كل واحد أن يسلم حق الآخر، ومن الناحية الفقهية أن الشافعية يرون: كما أن المبيع يتعين كذلك قد يعين الثمن فيتعين، فاستويا فوجب على صاحبيهما المبادرة بالتسليم، وإذا لم يفعلا أجبرهما الحاكم معاً.

واستدل ابن قدامة لرأيه بأن البائع إنما رضي ببذل المبيع بالثمن فلا يلزمه دفعه قبل حصول عوضه، ولأن المتعاقدين سواء في المعاوضة فيستويان في التسليم، وإنما يؤثر ما ذكر من الترجيح في تقديم التسليم مع حضور العوض الآخر لعدم الضرر فيه[١].

والذي يظهر لنا رجحانه هو أن العاقدين متساويان في وجوب تمكين كل واحد منهما الآخر من المعقود عليه (الثمن والمثمن) إذ أن ذلك من الآثار الشرعية للعقد، وكلاهما مطالبان بالوفاء بالعقود لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾[٢]، وغير ذلك من الآيات الدالة على وجوب الوفاء من كل عاقد، ولا شك أن الوفاء إنما يتحقق إذا قام كل واحد منهما بتمكين صاحبه من المعقود عليه، ولذلك فإذا امتنع أحدهما أو كلاهما عن التسليم أجبر على ذلك، فإن أبى تسليمه لصاحبه، يؤخذ الثمن والمثمن فيودعان عند أمين فيتسلمان منه، والله أعلم.

اختلاف المتعاقدين في كونه قبضاً:

إذا اختلف العاقدان في تحقق القبض، فقال أحدهما: أن ما فعله الآخر ليس قبضاً، وقال الثَّاني: إنه قبضه، فالمرجح في ذلك العرف؛ لأن

---

(١) المغني (٤/ ٢٢٠).

(٢) سورة المائدة: الآية ١.

مرجع الخلاف بينهما عن الخلاف في العرف[1].

اتِّحاد القابض والمقبض:

ومما يتعلق بهذا الموضوع ما أثاره الفقهاء حول مدى إمكانية اتحاد القابض والمقبض، أو بعبارة أخرى هل يمكن أن يقوم بهذا الدور شخص واحد؟

الذي يفهم من نصوصهم أن الأصل هو اشتراط الاختلاف وعدم اتحادهما، ولكنه مع ذلك توجد عدَّة استثناءات في هذا الباب.

يقول الزركشي: (يمتنع ـ أي: اتحاد القابض والمقبض ـ إلَّا في صور:

١ ـ الوالد يتولى طرفي القبض في البيع وفي النكاح إذا أصدق في ذمته، أو في مال ولد ولده لبنت ابنه.

٢ ـ وفي صورة الخلع إذا خالعها على طعام في ذمتها بصفة السلم وأذن لها في صرفه لولده منها فصرفته له من غير توسط قبض صاحب المال، فإنها تبرأ إلَّا في احتمال لابن الصباغ من اتحاد القابض والمقبض.

٣ ـ ونقل الجوري ـ أي: القاضي أبو الحسن الجوري ـ عن الشافعي أن الساعي يأخذ من نفسه لنفسه وقد يستشكل ذلك لأن قسمة المال المشترك لا يستقل به أحد الشريكين حتى يحضر الآخر أو يرفع الأمر إلى القاضي إلَّا أن يعتذر بأنه أمين من جهة الشرع.

٤ ـ وكذلك من وجب عليه كفارة يمين فقال لغيره: أطعم عني عشرة مساكين فأطعم يسقط الفرض عنه وإن كانت الهبة لا بد فيها من القبض ويجعل قبض المساكين كقبضه.

---

(١) يراجع المصادر السابقة، وروضة الطالبين (٣/ ٥١٤)، ونهاية المحتاج (٦/ ٩٣)، ومغني المحتاج (٢/ ٧٢).

٥ ـ إذا وكل الموهوب له الغاصب، أو المستعير، أو المستأجر في قبض ما في يده من نفسه وقبل صح، وإذا مضت مدة يتأتى فيها القبض برىء الغاصب والمستعير من الضمان.

٦ ـ لو أجر داراً بدراهم معلومة، ثمَّ أذن المؤجر للمستأجر في صرفها في العمارة فإنه يجوز.

٧ ـ لو كان له في ذمة شخص مال فأذن له في إسلامه في كذا قال ابن سريج يصح، والمذهب المنع...[١].

وقد ذكر السيوطي السبب في أن الأصل عدم اتحاد القابض والمقبض وهو أنه إذا كان قابضاً لنفسه احتاط لها وإذا كان مقبضاً وجب عليه وفاء الحق من غير زيادة، فلما تخالف الغرضان، والطباع مجبولة على الأثرة وحب مصالح النفس... امتنع الجمع كقاعدة عامة)[٢].

ثمَّ ذكر مسائل أخرى خلافية منها: ما لو امتنع المشتري من قبض المبيع ناب عنه القاضي، فإن فقد، ففي وجه ـ أي: للشافعية ـ أن البائع يقبض من نفسه للمشتري فيكون قابضاً ومقبضاً، فعلى ضوء هذا الوجه يصبح المعقود عليه بعد ذلك أمانة في يدي البائع، ولكن المشهور في المذهب أنه من ضمان البائع كما كان فحينئذ لا يعتد بهذا القبض[٣].

مدى تأثير القبض في العقود الصحيحة

ليست العقود بالنسبة للقبض على سنن واحدة، فهناك بعض العقود يكون القبض شرطاً لصحتها، وبعضها يكون القبض شرطاً للزومها، ولاستقرارها، وبعضها يلزم ويستقر دون القبض، ولذلك نجد الفقهاء يقسمون العقود باعتبار اشتراط القبض إلى أربعة أقسام:

---

(١) المنثور في القواعد (١/ ٨٩ ـ ٩٠)، ويراجع الأشباه للسيوطي (ص٣٠٦).
(٢) الأشباه (ص٣٠٦)، وراجع: الغاية القصوى (١/ ٤٨٤).
(٣) المصادر السابقة.

القسم الأوَّل: ما لا يشترط فيه القبض:

لا في صحته، ولا في لزومه، ولا في استقراره مثل النكاح، والحوالة، والوكالة، والوصية، والجعالة.

ولكنه مع ذلك فإن امتناع الزوج عن تسليم المهر إلى زوجته يعطي الحق لها في عدم تسليم نفسها إليه، وكذلك فإن امتناعها عن تسليم نفسها ـ دون مبرر شرعي ـ يؤدي إلى عدم وجوب النفقة على الزوج، وأما إذا امتنعا، وكل واحد يطالب الآخر بالبدء فالجمهور على أنه يؤمر الزوج بتسليمه إلى عدل، ثمَّ المرأة بالتمكين(١).

القسم الثَّاني: ما يشترط القبض في صحَّته:

مثل: الصرف، وبيع الأموال الربوية بعضها ببعض سواء كانا متَّحدي الجنس، أو مختلفين، وذلك للحديث الصحيح المتفق عليه عن أبي سعيد الخدري قال: قال رسول الله ﷺ: «**لا تبيعوا الذهب بالذهب إلَّا مثلاً بمثل ولا تشفوا بعضاً على بعض... ولا تبيعوا منها غائباً بناجز**»، وفي حديث صحيح آخر: «**نهى رسول الله ﷺ عن بيع الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، إلَّا سواء بسواء، عيناً بعين فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد**»(٢).

---

(١) يراجع: المغني لابن قدامة (٦/ ٢٣٥ ـ ٢٣٧)، ونقل ابن المنذر الاجماع على أن للمرأة الحق في الامتناع إلى أن يسلمها مهرها، ويراجع مختصر الطحاوي (١٨٨)، وحاشية الدسوقي (٢/ ٢٩٧)، والغاية القصوى (٢/ ٧٥٣ ـ ٧٥٦).

(٢) وقد وردت أحاديث كثيرة في هذا الموضوع فراجعها في: صحيح البخاري مع الفتح ـ كتاب البيوع (٤/ ٣٧٧ ـ ٣٨٤)، ومسلم، المساقاة (٣/ ١٢٠٨ ـ ١٢١٩)، ومسند الشافعي (ص٤٨)، وأحمد (٣/ ٤، ٥/ ٤٩)، والمستدرك (٢/ ٤٣)، وسنن أبي داود مع ـ عون المعبود ـ (٩/ ١٨٩)، وابن ماجه (٢/ ٧٥٧)، والترمذي (١/ ٢٣٣)، والنسائي (٧/ ٢٤٠)، والسنن الكبرى (٥/ ٢٧٦)، والأم للشافعي (٢/ ٢٩).

وقد توقف الظاهرية عند هذه الأنواع الستة ولم يقس عليها غيرها في حين ذهب جمهور الفقهاء إلى قياس بعض الأنواع عليها لكنهم اختلفا في العلة الجامعة المؤثرة هل هي الطعم، أو الاقتيات أو كون الشيء مكيلاً أو موزوناً. . . مع اتحاد الجنس.

فهذه الأنواع الستة وما يقاس عليها لا يجوز بيع بعضها ببعض ـ سواء كانا متحدين في الجنس، أو مختلفين ـ إلَّا مع قبض البدلين في المجلس، وإذا لم يتم القبض فقد بطل العقد أو فسد بالاتِّفاق[1].

وكذلك يجب تسليم الثمن (رأس مال السلم) في مجلس العقد عند جمهور الفقهاء، خلافاً للمالكية حيث أجاز أكثرهم تأخيره إلى ثلاثة أيام ما دام لم يشترط في العقد، أما إذا إشترط التأخير في العقد فقد فسد العقد بالاتفاق[2].

ولا ينبغي أن يتبادر إلى الذهن إلى اشتراط حضور المعقود عليه في مجلس العقد حتى في الصرف أو السلم وذلك لأن الفقهاء نصوا على أنه لو تبايعا دراهم بدنانير مثلاً، أو طعاماً بطعام ولم يكن العوضان حاضرين ثمَّ أرسلا من أحضرهما، أو ذهبا مجتمعين إليهما، وتقابضا قبل التفرق صح البيع، وسلما من الربا، وكذلك لو وكلا شخصين ليأتيا بالعوضين أو وكل أحدهما بذلك فأتيا به وتم القبض صح البيع، وكذلك لو وكلا أو وكل أحدهما بالقبض قبل مفارقة العاقدين جاز[3].

---

(١) يراجع: فتح القدير (٥/ ٢٧٤)، وبدائع الصنائع (٧/ ٣١١٥)، والبحر الرائق (٦/ ١٣٧)، والدر المختار (٥/ ١٧١)، والدسوقي على الشرح الكبير (٣/ ٤٧)، وبداية المجتهد (٢/ ١٣)، والروضة (٣/ ٣٧٧)، ونهاية المحتاج (٤/ ٤٢٨)، والمغني لابن قدامة (٤/ ٣ ـ ٨).

(٢) شرح الخرشي (٥/ ٢٠٣)، وبلغة السالك (٢/ ٥٣٨)، ويراجع حاشية ابن عابدين (٤/ ٢٠٨)، والغاية القصوى (١/ ٤٩٧)، والمغني لابن قدامة (٤/ ٣٢٨).

(٣) المجموع (٩/ ٤٠٤)، والمصادر السابقة.

القسم الثَّالث: ما يشترط القبض في لزومه:

كالرهن والهبة عند جمهور الفقهاء.

*** أوَّلاً ـ الرَّهن:**

اختلف الفقهاء في أثر القبض في الرهن على أربعة آراء:

الرأي الأوَّل: يرى أن الرهن لا يصح ولا يجوز إلَّا بالقبض، وهذا ما ذهب إليه الظاهرية حيث قال ابن حزم: (ولا يجوز الرهن إلَّا مقبوضاً في نفس العقد...)[١]، وبه قال زفر، وعلى هذا يكون القبض ركناً[٢].

الرأي الثَّاني: يرى أن الرهن يتم ويلزم بمجرد العقد، ثمَّ يجبر الراهن على الإقباض إلَّا أن يتراخى المرتهن عن المطالبة حتى يفلس الراهن، أو يمرض، أو يموت، وهذا ما ذهب إليه المالكية، وأحمد في رواية، وعلى هذا فالقبض شرط للتمام فقط[٣].

الرأي الثَّالث: يرى أن الرهن ينعقد بالعقد، لكنه لا يصح لازماً إلَّا بالقبض، حيث يكون له حق الرجوع قبل القبض، وهذا رأي الحنفية ـ ما عدا زفر ـ والشافعية، والحنابلة على الراجح عندهم[٤].

الرأي الرَّابع: التفرقة بين ما كان مكيلاً أو موزوناً، وبين غيره، حيث ذهب بعض أصحاب أحمد إلى أن ما كان مكيلاً أو موزوناً لا يلزم رهنه إلَّا بالقبض، وفيما عداهما روايتان: إحداهما: لا يلزم إلَّا بالقبض، والأخرى: يلزم بمجرد العقد كالبيع.

---

(١) المحلى لابن حزم، ط مكتبة الجمهورية العربية (٨/ ٤٨١).

(٢) بدائع الصنائع، ط زكريا علي يوسف (٨/ ٣٧٢٠).

(٣) بداية المجتهد، ط مصطفى الحلبي (٢/ ٢٧٤)، والمغني (٤/ ٣٦٤).

(٤) بدائع الصنائع (٨/ ٣٧٢٠)، وحاشية ابن عابدين، ط دار إحياء التراث العربي (٥/ ٣٠٨)، والروضة (٤/ ٦٥)، وفتح العزيز (١٠/ ٦٢) حيث ذكر أنه ركن للزوم العقد.

وقد حرر ابن رشد النزاع في اللزوم وعدمه، حيث قال: (فأما القبض فاتفقوا بالجملة على أنه شرط في الرهن... واختلفوا هل هو شرط تمام أو شرط صحة...)[1].

وقد استدل كل فريق على ما ذهب إليه بأدلة نوجز القول فيها، حيث استدل الرأي الأوَّل علي دعواه بأن الله تعالى وصف الرهن بأنه مقبوض فقال تعالى: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقۡبُوضَةٞ...﴾[2]. قال الجصاص[3]: وقوله تعالى: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقۡبُوضَةٞ﴾، ويدل على أن الرهن لا يصح إلَّا مقبوضاً من وجهين:

أحدهما: أنه عطف على ما تقدم من قوله: ﴿وَٱسۡتَشۡهِدُواْ شَهِيدَيۡنِ...﴾، فلما كان استيفاء المذكور والصفة المشروطة للشهود وواجباً وجب أن يكون كذلك حكم الرهن فيما شرط له من الصفة، فلا يصح إلَّا عليها كما لا تصح شهادة الشهود إلَّا على الأوصاف المذكورة، إذ كان إبتداء الخطاب توجه إليهم بصيغة الأمر المقتضى للإيجاب (أي: بعبارة أخرى قياس القبض في الرهن على العدالة في الشهود).

والوجه الثَّاني: أن حكم الرهن مأخوذ من الآية، والآية إنما أجازته بهذه الصفة فغير جائز إجازته على غيرها، إذ ليس ههنا أصل آخر يوجب جواز الرهن غير الآية ويدل على أنه لا يصح إلَّا مقبوضاً أنه معلوم أنه وثيقة للمرتهن بدينه، ولو صح غير مقبوض لبطل معنى الوثيقة وكان بمنزلة سائر أموال الراهن التي لا وثيقة للمرتهن فيها، وإنما جعل وثيقة له ليكون محبوساً في يده بدينه فيكون عند الموت والإفلاس أحق به من سائر الغرماء، ومتى لم يكن في يده كان لغواً لا معنى فيه، وهو وسائر الغرماء فيه سواء...

---

(١) بداية المجتهد (٢/ ٢٧٤).

(٢) سورة البقرة: الآية ٢٨٣.

(٣) يفهم من كلامه هذا أنه يرى أن القبض شرط لصحة الرهن، في حين أن مذهب الحنفية ما عدا زفر على أنه شرط للزوم.

ثمَّ أضاف الجصاص توضيحاً وتنويراً لرأيه فقال: (ألا ترى أن المبيع إنما يكون محبوساً بالثمن ما دام في يد البائع، فإن هو سلمه إلى المشتري سقط حقه، وكان هو وسائر الغرماء سواء فيه[1]، بالإضافة إلى قياسه على الهبة، لأنه عقد تبرع في الحال[2].

واستدل الرأي الثَّاني بأن الايجاب والقبول يكفيان، إذ هما شرطا العقد وركناه الأساسيان، وإذا تمَّا فقد انعقد الرهن ولزم لقوله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ﴾[3]، ثمَّ حينما ينعقد العقد بجبر الراهن على تسليم الرهن، حاله في ذلك حال بقية العقود التي تترتب عليها الآثار، فالبيع مثلاً يلزم بالإيجاب والقبول، ثمَّ يترتب عليه أثره من انتقال الملكية وتسليم الثمن والمثمن، وإذا امتنع العاقد عن تنفيذ ذلك فإنه يجبر عليه قضاء.

واستدل الرأي الثَّالث بالآية السابقة نفسها: ﴿فَرِهَـٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ حيث وصف الله تعالى الرهان بكونها مقبوضة، ومن هنا لا يجوز أن يلغي هذا الوصف بل لا بد من اعتباره شرطاً وليس ركناً.

إذن فأصحاب هذا الرأي يحتاجون إلى الاستدلال على أمرين: الأمر الأوَّل: كونه شرطاً، والأمر الثَّاني: كونه ليس بركن.

أما **الأمر الأوَّل** فيدل عليه وصف الله تعالى الرهان بأنها مقبوضة قال الكاساني: (وصف سبحانه وتعالى الرهن بكونه مقبوضاً فيقتضي أن يكون القبض فيه شرطاً صيانة لخبره تعالى عن الخلف، ولأنه عقد تبرع للحال فلا يفيد الحكم بنفسه كسائر التبرعات)[4].

---

(١) أحكام القرآن للجصاص، ط دار الفكر، بيروت (١/ ٥٢٣).
(٢) بدائع الصنائع (٨/ ٣٧٢٠).
(٣) سورة المائدة: الآية ١.
(٤) بدائع الصنائع (٨/ ٣٧٢١).

وأما **الأمر الثَّاني** فيدل عليه أنه لو كان ركناً لما كان هناك حاجة لذكر: (مقبوضة)، قال الكاساني: (ولو كان القبض ركناً لصار مذكوراً بذكر الرهن، فلم يكن لقوله تعالى عزَّ شأنه: ﴿مَّقْبُوضَةٌ﴾ معنى، فدل ذكر القبض مقروناً بذكر الرهن على أنه شرط وليس بركن[1]، وقاس ابن قدامة الرهن في ذلك على القرض حيث أنه لا يلزم إقباضه، ولا يجبر عليه بمجرد العقد[2].

وأما **الرأي الرَّابع** فقد استند على التفرقة بين المنقول وغيره، حيث إن التوثقة في المنقول لا تتم إلَّا من خلال القبض على عكس العقار.

المناقشة والترجيح:

ويمكن أن يناقش القول الرَّابع بأن الآية الكريمة عامة في المنقول، وغيره، ولم يرد في السنة الثابتة على تخصيصها بالمنقول، فعلى هذا فتخصيصها تحكم وترجيح بلا مرجح. هذا من جانب، ومن جانب آخر إن العلامة ابن قدامة قد أوضح أن هذه التفرقة في المذهب الحنبلي غير صحيح، بل المروي عن أحمد روايتان مطلقتان بخصوص لزوم الرهن بالعقد وحده أم مع القبض، وكذلك كلام الخرقي محمول على ذلك، لكن القاضي أبا يعلى حمل كلام الخرقي مع عمومه على الفرق بين المكيل والموزون، وبين غيرهما، حيث قال: (وليس بصحيح فإن كلام الخرقي مع عمومه قد أتبعه بما يدل على إرادة التعميم...)[3].

بالإضافة إلى أن هذه التفرقة التي ذكرها أصحاب هذا الرأي تعود في الواقع إلى طبيعة القبض في المنقول، والعقار مع أن الخلاف في القبض مطلقاً هل هو شرط أم لا؟

---

(١) المصدر السابق (٨/ ٣٧٢٠).

(٢) المغني (٤/ ٣٦٤).

(٣) المغني (٤/ ٣٦٤).

ولذلك فهذا الرأي في الواقع ليس له دليل ينهض حجة، ولا مستند له وجاهته واعتباره.

ويمكن أن نناقش أدلة الرأي الأوَّل بأن الآية وإن كانت قد وصفت الرهان بكونها مقبوضة لكنها لا تدل على جعل هذا الوصف ركناً للرهن، بل لو كان القبض ركناً له كان جزءاً من ماهيته وحينئذٍ لما احتاج إلى الذكر، كما لا يحتاج لفظ البيع أن يوصف بالإيجاب والقبول، ومن هنا فلا تدل الآية على أكثر من كون القبض مطلوباً، وهذا يتحقق بجعل القبض شرطاً للزوم ـ كما هو رأي الجمهور ـ أو شرطاً للتمام ولكنه يجبر عليه ـ كما هو رأي المالكية ـ.

وأما قياس القبض في الرهن على العدالة في الشهادة فقياس مع الفارق من حيث الدلالة والماهية وذلك لأن دلالة ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ على اشتراط العدالة واضحة من الآية، بل هي موجهة إلى وجود هذا الوصف، بل إنه بدونه لا تكون شهادة؛ لأن الغرض منها كشف الحقيقة وبيان الصدق فيها، وذلك لا يتحقق إلَّا مع وجود العدالة، وأما الرهن فالآية الدالة على كونه مقبوضاً لا تدل على أن القبض ركن وجزء من ماهيته، كما أنه لا يفهم من طبيعته كونه مقبوضاً ومن جانب آخر لا يستلزم من هذا الوصف في الآية كون القبض ركناً، أو شرطاً للصحة، بدليل أن الآية نفسها قد علقت الرهن على السفر مع أن الرهن جائز في الحضر بالاتِّفاق ما عدا مجاهداً[1].

ويمكن أن نناقش الرأي الثَّاني، بأن ما نقوله مسلم لكن وصف الرهان بكونها مقبوضة في الآية الكريمة لو لم يدل على كون القبض شرطاً لأصبح بدون فائدة، وهذا لا يجوز في كلام ربِّ العالمين.

---

(١) قال ابن المنذر في الإشراف (١/ ٦٩): (ولا نعلم أحداً خالف ذلك في القديم والحديث إلَّا مجاهداً فإنه قال: ليس الرهن في السفر).

ويرد على الرأي الثَّالث أنه لا يلزم من القول بعدم اشتراط القبض كون (مقبوضة) في الآية لغواً بدون فائدة، إذ أن ذكره له فائدة عظيمة وهي أن الرهن لا يكتفى فيه بمجرد العقد بل لا بدَّ من التسليم، ولذلك يجبر على ذلك. فلو لم تكن هذه الصفة لكان بالإمكان الاكتفاء بالعقد اللفظي مع إبقاء المال المرهون في يد الراهن، وأيضاً إن قياس الرهن على الهبة قياس مع الفارق؛ لأنه في مقابل التزام مالي دونها بالإضافة إلى الهبة أيضاً محل الخلاف.

وبعد هذه المناقشة فالذي يظهر لنا رجحانه هو ما ذهب إليه مالك وأحمد في رواية، وذلك لأن الآية الكريمة: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ لا تدل عند التعمُّق على كون القبض ركناً ولا شرطاً للصحة وإنما تدل على اعتباره، وهذا يتحقق في جعل القبض شرطاً للتمام والاستقرار وليس للصحة، واللزوم، إذ على ضوء اعتباره ركناً يؤدي إلى إلغاء الإيجاب والقبول الصادرين من الراهن والمرتهن ما دام لم يصحبه القبض، وكذلك لو جعلناه شرطاً للصحة، وأما على ضوء اعتباره شرطاً للزوم فإنه يؤدي إلى أن العاقدين لهما حق الرجوع قبل القبض، وعلى ضوء ذلك فلو قبض الراهن الدّين، وتم الايجاب والقبول للرهن، فإن بإمكانه أن لا يسلمه لأنه غير ملزم، وفي هذا إجحاف كبير بحق المرتهن في حين على ضوء مذهب مالك يجبر على تسليمه. فيكون فيه صون لكلام العاقل من اللغو والإلغاء، فالذي يدعمه الدليل أن الإنسان ملزم بالعقد الذي التزم به ولا يحتاج بعد ذلك إلى شيء آخر من قبض ونحوه، لقوله تعالى: ﴿. . . أَوْفُوا۟ بِٱلْعُقُودِ . . .﴾ ـ كما سبق ـ بالإضافة إلى أن السنة جعلت مخالفة الوعد ـ ناهيك عن العقد ـ من علامات النفاق[1] فالرهن عقد يترتب

---

(١) روى البخاري في صحيحه، كتاب الإيمان ـ مع الفتح ـ (١/ ٨٩)، ومسلم في صحيحه، كتاب الإيمان (١/ ٧٨) بسندهما أن رسول الله ﷺ قال: «**أربع من كن فيه كان منافقاً خالصاً، ومن كانت فيه خصلة منهن كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها: إذا حدث كذب. . . وإذا وعد أخلف. . .**».

عليه التزامات في مقابل التزامات مالية فينبغي أن يلزم بمجرد الإيجاب والقبول ـ مع بقية الشروط ـ كسائر العقود. وهناك تفاصيل حول قبض العدل، ورهن المشاع لا تسمح طبيعة البحث بالخوض فيها.

* **ثانياً: الهبة (وسائر التبرعات):**

وقد ثار الخلاف في أثر القبض في الهبة، ونحوها على ثلاثة آراء:

الرأي الأوَّل: هو أن القبض شرط للزوم الهبة، فلا يلزم إلَّا بالقبض، فعلى هذا يكون الموهوب قبل القبض على ملك الواهب، يتصرف فيه كيفما شاء وهذا رأي جمهور الفقهاء منهم الحنفية[١]، والشافعية[٢]، وهذا قول إبراهيم النخعي، وسفيان الثوري، والحسن بن صالح، وعبيد الله بن الحسن، وهو مروي عن أبي بكر، وعمر وعثمان وعلي، وعليه إحدى الروايتين عن أحمد[٣] فعلى ضوء ذلك فالواهب بالخيار قبل القبض، بل لا يصح قبضها إلَّا بإذنه، حتى لو قبضها بدون الإذن لم يصح القبض.

الرأي الثَّاني: أن القبض يتم ويلزم بالإيجاب والقبول، وإذا امتنع الواهب بعد ذلك فيجبر عليه وهذا هو رأي مالك[٤]، والشافعي في القديم، وأبي ثور، والحسن البصري، وكذلك قال حماد بن أبي سليمان في هبة الرجل لزوجته إذا علم[٥]، غير أن الإمام مالكاً قال: (فإن تأنى الموهوب له عن طلب القبض حتى أفلس الواهب أو مرض بطلت الهبة...)،

---

(١) بدائع الصنائع (٨/ ٣٦٨٨).
(٢) روضة الطالبين (٥/ ٣٧٥)، والغاية القصوى (٢/ ٦٥٥).
(٣) الإشراف لابن المنذر، تحقيق: محمد نجيب سراج الدين، ط إدارة إحياء التراث بقطر (١/ ٣٨٩ ـ ٣٩٠)، والمغني (٥/ ٦٤٩ ـ ٦٥٣).
(٤) الموطأ مع شرحه المنتقى (٦/ ٩٤)، وبداية المجتهد (٢/ ٣٢٩)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/ ١٠٣)، وذكر له تفصيل فليراجع.
(٥) الإشراف (١/ ٣٨٩ ـ ٣٩٠)، وفتح الباري، ط السلفية (٥/ ٢٣٣).

قال ابن رشد: (وله ـ أي: لمالك ـ إذا باع تفصيل: إن علم فتوالى لم يكن له إلَّا الثمن، وإن قام في الفور كان له الموهوب)[1]، وفي الموطأ: تفصيل حيث إذا أعطى أحداً عطية لا يريد ثوابها فأشهد عليها فإنها ثابتة للذي أعطيها إلَّا أن يموت المعطي قبل قبضها. . .، وإن لم يرد ثوابها قبل القبض فلا شيء له[2].

الرأي الثَّالث: التفرقة بين ما يكال ويوزن حيث لا تلزم الهبة فيه إلَّا بالقبض، وبين غيره حيث تلزم بمجرد العقد وهذا ما عليه أحمد في الرواية المشهورة عنه[3]، ومن الجدير بالتنبيه عليه أنَّ هذا الخلاف نفسه وارد في صدقة التطوع لكن ابن أبي ليلى فرق بينهما وبين الهبة فقال: (تجوز الصدقة إذا أعلمت وإن لم تقبض، ولا تجوز الهبة ولا التخلي إلَّا مقبوضة)[4].

الأدلة:

استدل أصحاب الرأي الأوَّل بالإجماع والآثار، والرأي، أما الإجماع فهذا ما ادعاه ابن قدامة، حيث قال: (ولنا إجماع الصحابة رضي الله عنهم، فإن ما قلناه مروي عن أبي بكر، وعمر رضي الله عنهما، ولم يعرف لهما من الصحابة مخالف). ومثله قال الكاساني.

وأما الآثار فهي كثيرة، فقد قال المروزي: (اتَّفق أبو بكر وعمر وعثمان وعليّ: على أن الهبة لا تجوز إلَّا مقبوضة)[5].

وقد روى مالك، وعبد الرزاق، والبيهقي، وابن سعد بسندهم عن

---

(١) بداية المجتهد (٢/ ٣٢٩).
(٢) الموطأ، كتاب الأقضية (ص٤٦٩).
(٣) المغني لابن قدامة (٥/ ٦٤٩).
(٤) بدائع الصنائع (٨/ ٣٦٨٨).
(٥) المغني (٥/ ٦٤٩)، وبدائع الصنائع (٨/ ٣٦٨٨).

عائشة قالت: (لما حضرت أبا بكر الوفاة قال: أي بنيّة! ليس أحدٌ أحبَّ إليّ عني منك ولا أعز عليّ فقراً منك، وإني كنت قد نحلتك جداد عشرين وسقاً من أرضي التي بالغابة، وإنك لو كنت حزتيه كان لك، فإذ لم تفعلي هو للوارث، وإنما هو أخواك، وأختاك...)[1].

ورووا أيضاً عن عمر بن الخطاب يقول: (ما بال أقوام ينحلون أبناءهم، فإذا مات الابن قال الأب: مالي، وفي يدي، وإذا مات الأب قال: قد كنت نحلت ابني كذا وكذا، لا تحل إلَّا لمن حازه، وقبضه عن أبيه)[2].

ورويا بسندهما عن عثمان قال: (نظرنا في هذه النحول، فرأينا أن أحق من يجوز على الصبي أبوه)[3].

وروى عبد الرزاق عن شريح، وعطاء، وعمر بن عبد العزيز، وابن شبرمة، وعثمان البتي، أنهم كانوا لا يجيزون الهدية، ولا يجعلونها لازمة إلَّا بعد القبض[4]، وكذلك روى عبد الرزاق عن معاذ، والزهري، وحماد وابن مسروق قالوا: (لا تجوز الصدقة حتى تقبض)، وروى مثله عن شريح، ومسروق، والشعبي، أنهم كانوا لا يجيزون الصدقة حتى تقبض؛ أي: لا تلزم إلَّا بالقبض[5].

فكل هذه الآثار تدل على أن السلف الصالح قد شاع بينهم هذا الحكم حتى أصبح مجمعاً عليه ـ كما قال ابن قدامة والكاساني ـ[6].

---

(١) الموطأ، كتاب الأقضية (ص٤٨٦)، والمصنف بتحقيق الأعظمي (٩/ ١٠١)، والسنن الكبرى (٦/ ١٧٨)، وطبقات ابن سعد (٣/ ١٩٤ ـ ١٩٥)، وفتح الباري (٥/ ٢١٥).

(٢) المصنف (٩/ ١٠٢)، والسنن الكبرى (٦/ ١٧٠)، والموطأ (ص٤٦٩).

(٣) المصنف (٩/ ١٠٣)، والسنن الكبرى (٦/ ١٧٠).

(٤) المصنف (٩/ ١٠٣ ـ ١٠٤).

(٥) المصنف (٩/ ١٢١ ـ ١٢٢).

(٦) المغني (٥/ ٦٤٩)، وبدائع الصنائع للكاساني (٨/ ٣٦٨٨).

وأما الرأي والتعليل فهو ما عبر عنه الكاساني بقوله: (ولأنها عقد تبرع فلو صحت بدون القبض لثبت للموهوب له ولاية مطالبة الواهب بالتسليم، فتصير عقد ضمان، وهذا تغيير المشروع)[1].

واستدل أصحاب الرأي الثَّاني بالسُّنَّة والآثار والقياس:

أما السُّنَّة فهي الأحاديث الصحيحة الدالة على حرمة الرجوع من الهبة، منها قوله ﷺ: «**ليس لنا، مثل السوء، الذي يعود في هبته كالكلب يرجع في قيئه**»، وقوله ﷺ: «**العائد في هبته كالعائد في قيئه**»، وقد عقد البخاري له باباً سمَّاه: (باب لا يحل لأحد أن يرجع في هبته وصدقته)[2]، وعلق عليه الحافظ فقال: (كذا بتّ الحكم في هذه المسألة لقوة الدليل عنده فيها). ووجه الاستدلال بهذه الأحاديث في الدلالة على حرمة الرجوع واضح، فكما أن القيء محرم. ولا يجوز أكله فكذلك الهبة، يقول الحافظ: (ولعل هذا أبلغ في الزجر عن ذلك، وأدل على التحريم بما لو قال مثلاً: (لا تعودوا في الهبة)[3]، وهذه الأحاديث مطلقة ليس فيها ذكر القبض فتبقى على إطلاقها، وحينئذ تكون الهبة ملزمة بمجرد العقد دون الحاجة إلى القبض.

وأما الآثار في ذلك فواردة عن بعض الصحابة والتابعين، حيث روى عبد الرزاق بسنده عن علي وابن مسعود رضي الله عنهما، حيث كانا يجيزان الصدقة وإن لم تقبض، وكذلك روى مثله عن إبراهيم وسفيان[4].

وأما القياس فهو قياس الهبة ونحوها من الصدقة على الوصية في أنها عقد تبرع بتمليك شيء مع أنها تفيد الملك قبل القبض وتلزم بعد الموت وإن لم يقبض الموصى به ما دام الإيجاب والقبول قد صدرا من العاقدين[5].

---

(١) بدائع الصنائع (٨/ ٣٦٨٨).

(٢) صحيح البخاري ـ كتاب الهبة ـ مع الفتح (٥/ ٢٣٤ ـ ٢٣٥).

(٣) فتح الباري (٥/ ٢٣٥).

(٤) المصنف (٩/ ١٢٢ ـ ١٢٣).

(٥) يراجع: بدائع الصنائع (٨/ ٣٦٨٨).

واستدل الرأي الثَّالث بأن الهبة بلا شك من عقود التمليك وإن كانت بدون مقابل، ولذلك كان منها ما لا يلزم قبل القبض، ومنها ما يلزم قبله كالبيع حيث أن فيه ما لا يلزم قبل القبض وهو الصرف وبيع الربويات، ومنه ما يلزم قبله وهو ما عدا ذلك[1].

واستدل ابن أبي ليلى ببعض الآثار الواردة عن بعض الصحابة مثل عمر، وعلي رضي الله عنهم، حيث أجازوا الصدقة قبل القبض، ولم يجيزوا الهبة إلَّا مقبوضة[2].

المناقشة:

ويمكن أن يرد على ابن أبي ليلى من عدَّة وجوه:

الوجه الأوَّل: إذا كان هناك بعض الآثار عن بعض الصحابة بهذه التفرقة بين الهبة والصدقة، فإن هناك آثاراً أخرى عن جماعة كثيرة منهم بعدهما، وإن الصدقة والهبة ونحوها لا تتم إلَّا بالقبض، وأقوال الصحابة لا يكون بعضها حجة على البعض ما دامت مختلفة.

الوجه الثَّاني: ما قاله الكاساني: (وما رُوي عن سيدنا عمر، وسيدنا علي رضي الله عنهما، محمول على صدقة الأب على ابنه الصغير، وبه نقول، حيث لا حاجة هناك إلى القبض، حملناه على هذا توفيقاً بين الدلائل صيانة لها عن التناقض...)[3]، ولا شك أن إعمال الدليلين أولى من إلغاء أحدهما.

الوجه الثَّالث: إن الصدقة لا تختلف عن الهبة، إذ أنها عقد تبرع فلا يفيد الحكم بنفسه كالهبة، يقول ابن قدامة: (إن الهبة والصدقة، والهدية

---

(١) المغني لابن قدامة (٥/ ٦٥٣).

(٢) بدائع الصنائع (٨/ ٣٦٨٨)، والمصنف لعبد الرزاق (٩/ ١٠٢، ١٢٢ ـ ١٢٣).

(٣) بدائع الصنائع (٨/ ٣٦٨٩).

والعطية معانيها متقاربة، وكلها تمليك في الحياة بغير عوض، واسم العطية شامل لجميعها)[1].

ويمكن أن نناقش أدلة الرأي الأوَّل (الجمهور) بما يأتي:

أوَّلاً: إن دعوى الإجماع غير مسلمة وذلك بخلاف بعض الصحابة والتابعين، وبعض المذاهب في هذه المسألة، فقد ذهب إلى عدم حاجة الهبة والتبرعات إلى القبض الإمام مالك، والشافعي في القديم، وأبو ثور، والحسن البصري، وكذلك ذهب إلى لزوم الصدقة وإن لم يقبض ـ علي وابن مسعود، وإبراهيم النخعي، وسفيان الثوري ـ، فكيف ينعقد الإجماع مع خلاف هؤلاء الفقهاء؟!

ثانياً: أما الآثار الواردة عن الصحابة فليست حجة ما دامت المسألة خلافية بينهم، فأقوال الصحابة والتابعين لا يكون بعضها حجة على الآخر، بل الحجة في كتاب الله، وسنة رسوله، والإجماع.

ثالثاً: وأما ما ذكروه في الدليل العقلي فليس فيه حجة، إذ أنه على ضوء ما ذهب إليه مالك ومن معه بملك الموهوب له ولاية المطالبة، وليس فيه تغيير للمشروع، إذ أن الواهب أصبح ملزماً بالتزامه بمجرد صدور الإيجاب منه، وقبول الآخر.

ويمكن أن نناقش أدلة الرأي الثَّاني بما يأتي:

أوَّلاً: إن الأحاديث التي ذكروها لا تدل على الدعوى المطلوبة، وذلك لأن محل النزاع في مدى لزوم الهبة قبل القبض في حين أن دلالة تلك الأحاديث ليست ظاهرة في حرمة الرجوع قبل القبض، بل سياقها يدل بوضوح على أنها في الرجوع بعد القبض، فقول الرسول ﷺ: «**العائد في هبته كالعائد في قيئه**» ظاهر في أن المراد به الهبة بعد القبض، وذلك لأن التمثيل

(١) المغني (٥/ ٦٤٩).

الذي ذكره يدل على ذلك، فالقيء سواء كان من إنسان، أو من كلب قد خرج منه ووقع على الأرض ـ مثلاً ـ فالعودة إليه محرمة بالنسبة للإنسان، وكذلك الحديث يدل على أن هذه البشاعة إنما تتحقق إذا رجع الواهب أو المتصدق بعد القبض، أما قبل القبض وإن كان مستنكراً لكنه لا يصل إلى هذه الدرجة عرفاً وشرعاً.

ويدل على هذا الفهم أن الخلفاء الراشدين وأكثر الصحابة ذهبوا إلى أن الهبة لا تلزم إلَّا بالقبض فلو كان المراد بالحديث السابق الهبة قبل القبض لما قالوا مثل ذلك.

ومن جانب آخر إن الحديث السابق في بيان شناعة الرجوع عن الهبة والصدقة ذوقيًّا وسلوكيًّا وذم ذلك وحرمته دينيًّا، وفيما بينه وبين الله، ولا يستلزم من ذلك اللزوم القضائي، وبعبارة أخرى أن الرسول ﷺ بيّن شناعة هذا العمل من خلال تلك الصورة المجسمة الخطيرة المقززة التي لا يرضى بها كل ذوق سليم، كل ذلك للزجر من الرجوع وبيان أن ذلك لا يتناسب مع أخلاق المؤمن وسموه وعزته وكرامته، لكنه لو رجع قبل القبض، أو بعد القبض عند بعض العلماء[1]، لما ترتب عليه حكم قضائي ملزم.

بالإضافة إلى أن بعض العلماء قالوا: لا يفهم من الحديث السابق التحريم وإنما التغليظ في الكراهة، وذلك لأن التمثيل بالكلب الذي يعود إلى قيئه وهو غير مكلف يدل على عدم التحريم، غير أن هذا التأويل غير بعيد عن فهم الحديث، وغير مقبول، ولا يتفق مع بقية الأحاديث التي ورد التمثيل فيها بالعائد إلى قيئه، وهذا محرم بالإجماع، بالإضافة إلى أن عرف الشرع في مثل هذه الأشياء يريد به المبالغة في الزجر والشدة في التحريم، مثل قوله تعالى: ﴿وَلَا يَغْتَب بَّعْضُكُم بَعْضًاۚ أَيُحِبُّ أَحَدُكُمْ أَن يَأْكُلَ لَحْمَ أَخِيهِ مَيْتًا فَكَرِهْتُمُوهُۚ...﴾[2]،

---

(١) فتح الباري (٥/ ٢٣٥ ـ ٢٣٦).

(٢) سورة الحجرات: الآية ١٢.

وكقوله ﷺ: «**من لعب بالنردشير فكأنما غمس يده في لحم خنزير**»[١].

وأما الآثار فهي معارضة بالآثار الكثيرة الواردة بخلاف ذلك فلم تنهض حجة.

وأما قياس الهبة والصدقة على الوصية فقياس غير مستقيم من وجهين:

أحدهما: أن الوصية عقد تمليك بعد الموت وهما من عقود التمليك في الحياة.

ثانيهما: أن الوصية قبل موته غير ملزمة أيضاً إذ للموصى له حق الرجوع، ومن هنا كان قياسهم في هذه المسألة في جزء منها، وليس في جميعها، بل يمكن أن نقول: إن قياسهم الهبة على الوصية قياس مقلوب عليهم فيصبح دليلاً لنا وليس علينا، وذلك بأن نقول: إن الهبة مثل الوصية قبل الموت في عدم اللزوم، فالفقهاء متفقون على أن الموصي وإن صدر منه الإيجاب له حق الرجوع، وإنما تلزم بالموت ثمَّ القبول إن كانت لمعين لأن احتمال الرجوع قد انتهى بموته، وحان وقت القبول[٢].

ويمكن أن نناقش الرأي الثَّالث: بأن هذه التفرقة لا نجد لها دليلاً له وجاهته واعتباره، وما قالوه لا ينهض حجة، فقياس الهبة على البيع قياس مع الفارق فهو تمليك بعوض في حين أن الهبة تمليك بلا عوض، وأحكام الصرف لا تنطبق على الهبة، وإلا لما انعقدت في الربويات إلَّا بالقبض مع أنها تنعقد منها حتى عندهم، وإن كانت لا تلزم.

الترجيح:

الذي يظهر لنا رجحانه هو أن العطيات ـ أي: الهبة والهدية، وصدقة التطوع ـ تنعقد بالإيجاب والقبول، ولكنها لا تلزم قضاء إلَّا بالقبض ـ ما عدا

---

(١) الحديث رواه مسلم، كتاب الشعر (٤/ ١٧٧٠)، وأحمد (٥/ ٣٥٢، ٣٥٧).

(٢) مراتب الإجماع (ص١١٢)، والمغني (٦/ ١٣٣ ـ ١٣٤).

هبة الوالد لولده حيث له الرجوع حتى بعد القبض عند جمهور الفقهاء ـ[1].

ولكن إذا تم الايجاب والقبول، بحيث قال الواهب، أو المتصدق: أعطيتك كذا فقال الآخر: قبلت، فإن الواهب يجب عليه ديانة أن يفي بقوله وإلا يأثم، وبعبارة أخرى يحرم عليه أن يخالف مقتضى عقده، أو وعده، للأحاديث الدالة على حرمة مخالفة الوعد ـ ناهيك عن العقد ـ والأحاديث الدالَّة على حرمة الرجوع في الهبة ونحوها.

وهناك تفاصيل في شروط القبض، وكيفيته لا تسمح طبيعة البحث بالخوض فيها هنا[2].

القسم الرَّابع: ما يشترط القبض في استقراره:

ومعنى كون القبض شرطاً للاستقرار أن العقد يتم ويلزم بمجرد الإيجاب والقبول ـ مع توفر الشروط المطلوبة ـ ولكنه يحتاج في استقراره إلى القبض، وبعبارة أخرى أن ملكية العاقدين للمعقود عليه لا تستقر تماماً إلَّا بالقبض، وهذا مثل البيع ـ في الربويات ـ والسلم بالنسبة للمسلم فيه، والإجارة، والصداق، ونحوها[3].

فعلى ضوء ذلك إذا تم البيع ـ مثلاً ـ ولم يتم القبض فإنه قد يترتب عليه عدَّة آثار من أهمها ما يأتي:

الأثر الأوَّل: إن المبيع يكون على ضمان البائع عند جماعة من الفقهاء ما دام لم يقبض، فعلى هذا لو هلك يضمنه البائع، ويسترجع المشتري حينئذ ثمنه، وذهب بعض الفقهاء إلى التفرقة بين الطعام وغيره، بحيث إذا تلف الطعام المبيع قبل قبضه يكون من مال البائع، وأما غيره إذا تلف قبل القبض

---

(١) فتح الباري (٥/ ٢١١)، والمصادر الفقهية السابقة.

(٢) المصادر الفقهية السابقة.

(٣) المنثور في القواعد (٢/ ٤٠٨)، والأشباه للسيوطي (ص٣٠٥ ـ ٣٠٦).

يكون من مال المشتري، ثمَّ إذا كان التلف قبل القبض ـ فيما يشترط فيه القبض بآفة سماوية ـ بطل العقد، ورجع المشتري بالثمن، وإن تلف بفعل المشتري استقر الثمن عليه، وإن أتلفه أجنبي لم يبطل العقد، ويثبت للمشتري الخيار بين الفسخ والرجوع بالثمن وبين البقاء على العقد ومطالبة المتلف بالمثل إن كان مثلياً وذهب فريق ثالث منهم (الظاهرية) إلى أن الضمان على المشتري مطلقاً[1].

الأثر الثَّاني: اشتراط القبض قبل التصرُّف في المبيع ونحوه عند جماعة. وبعبارة أخرى عدم جواز بيع المبيع ونحوه قبل القبض يقول ابن رشد: (واختلف من هذه المسألة في ثلاثة مواضيع: أحدها: فيما يشترط فيه القبض من المبيعات، والثَّاني: في الاستفادات. . . ، والثَّالث: في الفرق بين ما يباع من الطعام مكيلاً وجزافاً[2].

وقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة اختلافاً كبيراً يمكن حصر اتِّجاهاتهم في ثلاثة اتجاهات عامة تتمثل في الرفض مطلقاً، والإجازة مطلقاً، والتوسط القائم على التفصيل وهي:

الاتِّجاه الأوَّل: يرى عدم جواز بيع المبيع قبل قبضه مطلقاً سواء أكان المعقود عليه طعاماً أم غيره، وسواء أكان مكيلاً أو موزوناً، أو عقاراً أو منقولاً.

---

(١) يراجع في تفصيل ذلك، وما دار فيه من خلاف: حاشية ابن عابدين (٤/ ٤٢)، ومختصر الطحاوي (ص٧٨ ـ ٧٩)، وبداية المجتهد (٢/ ١٨٥)، وحاشية الدسوقي (٣/ ٧٠)، والفواكه الدواني (٢/ ١٣٠)، والروضة (٣/ ٤٩٩)، والغاية القصوى (١/ ٤٨٥)، والمغني (٤/ ١٢١)، والمحلى (٩/ ٣٤٣)، ويراجع: المصنف لعبد الرزاق (٨/ ٤٦).

(٢) بداية المجتهد (٢/ ١٤٤)، ولا تسمح طبيعة البحث في الخوض في كل تفاصيل هذه المسألة.

وهذا مذهب الشافعي وأكثر أصحابه[1]، وأحمد في رواية[2]، ومحمد بن الحسن وزفر من الحنفية[3]، والظاهرية[4]، والزيدية[5]، ورواية الإمامية[6]، والإباضية في المشهور عنهم[7]، وروي ذلك عن ابن عباس، وجابر بن عبد الله، وسعيد بن المسيب في رواية عنه، وسفيان الثوري[8].

الاتِّجاه الثَّاني: يرى جواز بيع المبيع وكل تصرف فيه مطلقاً، وهذا رأي عطاء بن أبي رباح، وعثمان البتي[9]. ورأي للإمامية[10].

الاتِّجاه الثَّالث: يرى التوسط والتفصيل، وأصحاب هذا الاتِّجاه مختلفون فيما يجوز بيعه قبل القبض، وفيما لا يجوز.

---

(١) الأم (٣/ ٦٠)، وجاء في المهذب مع شرحه المجموع للنووي (٩/ ٢٦٤): (ولا يجوز بيع ما لم يستقر ملكه عليه كبيع الأعيان المملوكة بالبيع والإجارة والصداق، وما أشبهها من المعاوضات قبل القبض).

(٢) المغني لابن قدامة (٤/ ١٢١ ـ ١٢٣)، وشرح ابن القيم على سنن أبي داود، المطبوع مع عون المعبود، ط السلفية بالمدينة (٩/ ٣٥٣).

(٣) بدائع الصنائع (٧/ ٣١٠٠) حين قال: (وعند محمد وزفر والشافعي لا يجوز قياساً)، وحاشية ابن عابدين (٤/ ١٦٢)، والمبسوط (١٤/ ٣)، وفتح القدير (٧/ ٢٢).

(٤) المحلى لابن حزم (٩/ ٥٩٢).

(٥) البحر الزخار (٤/ ٣١١).

(٦) المختصر النافع للحلي، ط وزارة الأوقاف بمصر (ص١٤٨).

(٧) شرح النيل (٨/ ٥٩).

(٨) المصنف (٨/ ٣٨ ـ ٤٤) حيث رواه عن جابر، وعن ابن عباس أنه قال: (فأحسب كل شيء بمنزلة الطعام)، وشرح معاني الآثار (٤/ ٣٩)، والمحلى (٩/ ٥٩٤)، والمغني (٤/ ١٢١).

(٩) المحلى (٨/ ٥٩٧) حيث أسند إلى عطاء قوله: (جائز بيع كل شيء قبل أن يقبض)، والمغني (٤/ ٢٢٠) أسند مثل هذا القول إلى عثمان البتي، وشرح ابن القيم عن سنن أبي داود (٩/ ٣٨٢).

(١٠) قال الحلي في المختصر النافع (ص١٤٨): (ولا بأس بيع ما لم يقبض)، ويكره فيما يكال، أو يوزن. . . .

فذهب أكثرهم إلى عدم جواز بيع الطعام قبل قبضه، وإلى جوازه في غيره، وهذا رأي مالك في المشهور عنه[1]، وأحمد في رواية عنه[2]، واختيار أبي ثور، وابن المنذر[3]، والإمامية في وجه لهم[4]. (وفيه تفصيل في التوفية...)، والظاهرية لكنهم خصصوا الطعام بالقمح فقط[5].

وذهب فريق ثان منهم إلى عدم جواز بيع المكيل والموزون قبل قبضهما، وإلى جوازه فيما عداهما، وهذا مروي عن عثمان بن عفان، وابن سيرين، وابن المسيب، والحسن، والحكم وحماد بن أبي سليمان، والأوزاعي، وربيعة والنخعي[6].

وذهب فريق ثالث إلى إلحاق مايباع بالوزن بالمكيل والموزون في عدم جواز بيعه قبل القبض، وهذا اتجاه أحمد في رواية وجماعة من أصحابه[7]، وأبي حنيفة واختاره جماعة من أصحابه ما دام يراعى فيه العد.

وذهب فريق رابع إلى إلحاق ما يباع بالذراع (المتر ونحوه) بالمكيل والموزون وهذا اتِّجاه أبي حنيفة إذا أفرد لكل ذراع ثمن[8].

---

(١) المدونة (٩/ ٩٠)، والدسوقي (٣/ ١٥١).
(٢) المغني (٤/ ١٢٠ ـ ١٢١)، ومجموع الفتاوى (٢٩/ ٣٩٨)، شرح ابن القيم على سنن أبي داود (٩/ ٣٨٢).
(٣) المختصر النافع (ص١٤٨).
(٤) المغني (٤/ ١٢١)، والمحلى (٩/ ٥٩٦)، والمجموع (٩/ ٢٦٤ ـ ٢٦٥)، والمصنف لعبد الرزاق (٨/ ٤٣) حيث رواه عن ابن سيرين، وعن ابن المسيب، وابن شبرمة.
(٥) المحلى (٩/ ٥٩٢).
(٦) المغني (٤/ ١٢١ ـ ١٢٣).
(٧) بدائع الصنائع (٨/ ٣٢٥١)، وحاشية ابن عابدين (٤/ ١٦٢ ـ ١٦٤)، وتبيين الحقائق (٤/ ٨١)، والمبسوط (١٤/ ٣)، وفتح القدير (٧/ ٢٢).
(٨) المصادر السابقة نفسها.

وذهب فريق خامس إلى عدم جواز بيع المبيع قبل قبضه إذا كان منقولاً، وجوازه إذا لم يكن منقولاً كالعقار وهذا اتجاه جمهور الحنفية.

ومن الجدير بالتنبيه عليه أن المنقول يشمل المكيل والموزون والمعدود، والمزروع (على تفصيل فيه. . .)[1].

وذهب فريق سادس إلى التفرقة في الطعام بين ما يباع بالكيل أو الوزن على التوفية، وبين ما يباع منه جزافاً، فمنع الأوَّل قبل القبض، وأجاز الثَّاني، حيث ذهب أكثر أصحاب مالك إلى جواز بيع الطعام قبل قبضه ما دام قد اشتراه جزافاً، فيكون له الحق البيع دون نقله عن موضعه غير أنه قيده مالك بأن لا يكون في بيع العينة[2].

وإذا كان بالعينة فلا بد أن لا يكون بأكثر من ثمن المثل[3].

وبعض العلماء جعلوا هذا المعيار عاماً فقالوا: كل ما بيع بالكيل، أو الوزن، أو العدّ، أو الذراع لا يجوز بيعه قبل قبضه وكل ما بيع جزافاً يجوز سواء كان طعاماً أو غيره[4].

الأدلة والترجيح (بإيجاز):

من المعهود في البحث العلمي أن نذكر أدلة كل فريق ثمَّ المناقشة ثمَّ الترجيح، غير أن ذلك في هذه المسألة الفرعية يتطلب كتابة عشرات الصفحات وهذه لا تتفق مع طبيعة البحث، وحينئذٍ كنت بين أمرين، إما ترك الترجيح، أو إستعراض الأدلة في بحث يكون أشبه بكتاب، فآثرت أن أذكر الراجح ـ في نظري ـ مع أدلته، والرد على أدلة المخالف بإيجاز.

---

(١) المصادر السابقة نفسها.

(٢) العينة هي: أن يبيع رجل بضاعة لآخر بثمن، ثمَّ يشتريها منه بثمن مؤجل أقل من الثمن الأوَّل، فهذا حرام لأنه وسيلة إلى الربا عن طريق التحايل. انظر: مبدأ الرضا في العقود، ط دار البشائر (٢/ ١٢٢٥).

(٣) المدونة (٩/ ٨٨ ـ ٨٩)، وشرح الخرشي (٥/ ١٦٤).

(٤) المجموع (٩/ ٢٦٤ ـ ٢٧١)، والمصادر السابقة.

والذي يظهر لي رجحانه هو أن منع التصرُّف في المبيع ونحوه قبل القبض محصور في الطعام، وأن العلة هي الطعام لا غير، وعلى هذا تدل الأحاديث الصحيحة، منها الحديث الصحيح الذي رواه البخاري ومسلم بسندهما عن ابن عمر (رضي الله عنهما) قال: قال رسول الله ﷺ: «**من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه**»، وفي رواية لهما: «**... حتى يقبضه**»، ورويا بسندهما أيضاً عن ابن عباس: أن رسول الله ﷺ قال: «**من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه**». قال ابن عبَّاس: (وأحسب كل شيء مثله)، ورويا عن ابن عمر أنهم كانوا يضربون على عهد رسول الله ﷺ إذا اشتروا طعاماً جزافاً أن يبيعوه في مكانه، حتى يحولوه[1]، ولا شك أن تخصيص الطعام بالنهي عن بيعه قبل قبضه دليل على مخالفة غيره له.

والواقع أن قول ابن عباس: (وأحسب كل شيء مثله) اجتهاد محض منه لا يكون حجة على اجتهاد غيره، ولذلك أورده البخاري مع أنه ترجح للباب (باب بيع الطعام قبل أن يقبض...)[2]، بل إن بعض روايات الحديث جاءت بالمختصر[3].

وهذا الحصر على الطعام هو الذي يؤدي إلى الجمع بين الأدلة الواردة بهذا الشأن، بحيث تحمل عليه الأحاديث الخاصة بالنهي عن البيع قبل القبض، وتحمل الأحاديث الواردة الدالة على جواز التصرُّف في المبيع ونحوه قبل القبض على غير الطعام، وهذا هو الذي سار عليه الإمام البخاري

---

(١) صحيح البخاري ـ مع الفتح ـ كتاب البيوع باب بيع الطعام قبل أن يقبض (٣٤٩/٤، ٣٥٠)، ومسلم، البيوع (١١٥٩/٣) الحديث ١٥٢٥، ١٥٢٦، ١٥٢٧، ١٥٢٨، ١٥٢٩، وأحمد (٥٦/١، ٢٧٠، ٢٢/٢، ٦٤، ٣٩٢/٣).

(٢) نفس المصادر السابقة.

(٣) صحيح البخاري ـ مع الفتح ـ البيوع (٣٤٩/٤) حيث روي عن ابن عباس يقول: (أما الذي نهى عنه النبي ﷺ فهو الطعام أن يباع حتى يقبض)، فهذا الحصر دليل على ما قلناه.

حيث أورد: باب إذا اشترى متاعاً، أو دابة فوضعه عند البائع، أو مات قبل أن يقبض وقال ابن عمر (رضي الله عنهما): (ما أدركت الصفقة حيًّا مجموعاً فهو من المبتاع). ثمَّ أورد حديث عائشة في قصة الهجرة، وفيهما: (قال أبو بكر: يا رسول الله، إن عندي ناقتين أعددتهما للخروج، فخذ أحدهما. قال: «**قد أخذتهما بالثمن**»[1].

قال ابن المنير: (مطابقة الحديث للترجمة من جهة أن البخاري أراد أن يحقق انتقال الضمان في الدابة ونحوها إلى المشتري بنفس العقد، فاستدل لذلك بقوله ﷺ: «**قد أخذتهما بالثمن**»، وقد علم أنه لم يقبضها بل أبقاها عند أبي بكر، ومن المعلوم أنه ما كان ليبقيها في ضمان أبي بكر، لما يقتضيه مكارم أخلاقه حتى يكون الملك له، والضمان من غير قبض ثمن، ولا سيما في القصة ما يدل على إيثاره لمنفعة أبي بكر حيث أبى أن يأخذها إلَّا بالثمن[2].

وأيضاً يدل على ذلك ما رواه البخاري تعليقاً بصيغة الجزم عن ابن عمر، حيث يدل على أن ما يدرك العقد حياً مجموعاً ـ أي: لم يتغير عن حالته ـ فهو من ضمان المشتري، وهذا رأي ابن عمر، قال الطحاوي: (ذهب ابن عمر إلى أن الصفقة إذا أدركت شيئاً حيًّا فهلك بعد ذلك عند البائع فهو ضمان المشتري فدل على أنه كان يرى أن البيع يتم بالأقوال. . .)[3].

ومن الجدير بالإشارة إلى أن أكثر القائلين بجعل التفرقة في البيع قبل القبض بين ما يكال، أو يوزن، وبين غيره أول كلامهم وحمل على الطعام

---

(١) صحيح البخاري ـ مع الفتح ـ البيوع (٤/ ٣٥١).
(٢) فتح الباري (٤/ ٣٥١ ـ ٣٥٢).
(٣) المصدر السابق (٤/ ٣٥٢)، وذكر الحافظ أن هذا التعليق وصله الطحاوي والدارقطني.

وغيره، يقول ابن قدامة: (ويحتمل أنه أراد المكيل والموزون، والمعدود من الطعام الذي ورد النص بمنع بيعه)، ثمَّ علَّق على هذا الحمل فقال: (وهذا أظهر دليلاً، وأحسن).

وقد استدل المخالف بأدلة لا يخلو جميعها إما من ضعف في سندها، أو أنها ليست نصًّا في دلالتها على منع المبيع غير الطعام، فمثلاً استدل القائلون بالمنع مطلقاً بالحديث الذي رواه أحمد والبيهقي عن حكيم بن حزام أن رسول الله ﷺ قال له: «**يا ابن أخي، إذا إبتعت بيعاً فلا تبعه حتى تقبضه**»[1]، فهذا الحديث لا ينهض حجة؛ لأن جميع طرقه لا تخلو من مقال وضعف[2]، ولا سيما أن الحديث الصحيح الذي رواه البخاري عن ابن عباس قد رواه بطريق الحصر حيث يقول: (أما الذي نهى عنه النبي ﷺ فهو الطعام أن يباع حتى يقبض)[3]، فلو كان ابن عباس ـ وهو من هو ـ لو وصله خبر ثابت لما حصره هذا الحصر.

وهناك أحاديث أخرى ثابتة لكنها لا تدل على هذه الدعوى بوضوح منها: ما رواه أحمد، والنسائي، والترمذي، وابن ماجه والحاكم بسندهم أن رسول الله ﷺ نهى عن ربح ما لم يضمن، وفي بعض الروايات: «**لا يحل سلف وبيع... ولا ربح ما لم يضمن**»[4]، وقد فسروا هذا الحديث بأنه

---

(١) انظر: مسند أحمد (٣/ ٤٠٢)، والسنن الكبرى (٥/ ٣١٣).

(٢) نصب الراية (٣/ ٣٢)، والمحلى (٩/ ٥٩٣ ـ ٥٤)، وراجع: جوهر النقى على السنن الكبرى حيث حكم بضعفه (٥/ ٣١٣)، وقال: (كيف يكون حسناً، وابن عصمة متروك...، وفي الأحكام لعبد الحق: ضعيف).

(٣) صحيح البخاري ـ مع الفتح ـ (٤/ ٣٤٩)، ومسند الشافعي (١٢٥٢)، والطحاوي (٢/ ٢١٨).

(٤) النسائي، البيوع (٧/ ٢٩٥) الحديث (٤٦٣٠)، والترمذي ـ مع شرحه تحفة الأحوذي (٤/ ٤٣١) الحديث (١٢٥٢)، وابن ماجه (٢/ ٧٣٨) الحديث (٢١٨٨)، والحاكم في المستدرك (٢/ ١٧)، وقال: صحيح ووافقه الذهبي.

يعني: الربح الحاصل من بيع ما اشتراه قبل أن يقبضه، وينتقل من ضمان البائع إلى ضمانه، فإن بيعه فاسد[1].

ولكن الحديث صريح في النهي عن ربح ما لم يضمنه، تطبيقاً لقاعدة: «**الخراج بالضمان**»[2]، وهذا إنما ينطبق على مسألتنا إذا كان القائلون بجواز بيع المبيع غير الطعام ـ أو غير المكيل والموزون، أو غير المنقول. لا يذهبون إلى أن المشتري ضامن بالعقد، في حين أن هؤلاء يذهبون إلى أن الضمان ينتقل في غير هذه الأشياء إلى المشتري بمجرد العقد، وحينئذٍ لم يكن الدليل في محل الدعوى فيصادر عليه فلا يقبل، يقول الخرقي: (وما عداه ـ أي: ما عدا المكيل والموزون ـ فلا يحتاج إلى قبض. وإن تلف فهو من مال المشتري)، وعلَّق عليه ابن قدامة فقال: (ولنا قول النبي ﷺ: «**الخراج بالضمان**»، وهذا المبيع نماؤه للمشتري فضمانه عليه، وقول ابن عمر: (مضت السنة أن ما أدركته الصفقة حيًّا مجموعاً فهو من مال المبتاع) ـ أي: المشتري ـ، ولأنه لا يتعلَّق به حق توفية، وهو من ضمانه قبل قبضه، فكان من ضمانه قبله كالميراث، وتخصيص النبي ﷺ الطعام بالنهي عن بيعه قبل قبضه دليل على مخالفة غيره له)[3].

بل إن هذا الاستدلال في محل الخلاف نفسه، فأصل هذه المسألة يعود إلى مدى إشتراط القبض، ومدى جواز التصرُّف قبل القبض، والتفاصيل فيه، يقول ابن حبيب: (اختلف العلماء فيمن باع عبداً واحتبسه بالثمن فهلك في يديه قبل أن يأتي المشتري بالثمن، فقال سعيد بن المسيب وربيعة: هو على

---

(١) تحفة الأحوذي (٤/ ٤٣١).

(٢) رواه أحمد في مسنده (٦/ ٤٩، ٢٠٨، ٢٣٧)، والترمذي في سننه ـ مع تحفة الأحوذي ـ (٤/ ٥٠٧)، والنسائي (٧/ ٢٢٣)، وابن ماجه (٢/ ٧٥٤)، وأبو داود في سننه ـ مع عون المعبود ـ (٩/ ٤١٥، ٤١٧، ٤١٨). قال الترمذي (٤/ ٥٠٨)، وهذا حديث صحيح. . . والعمل على هذا عند أهل العلم.

(٣) المغني (٤/ ١٢٤ ـ ١٢٥).

البائع، وقال سليمان بن يسار: هو على المشتري، ورجع إليه مالك بعد أن كان أخذ بالأوَّل، وتابعه أحمد وإسحاق وأبو ثور، وقال بالأوَّل الحنفية والشافعية، والأصل في ذلك اشتراط القبض في صحة البيع، فمن اشترطه في كل شيء جعله من ضمان البائع، ومن لم يشترطه جعله من ضمان المشتري والله أعلم(١).

وهكذا لو استعرضنا جميع أدلتهم التي وفقت في الاطِّلاع عليها لوجدناها إما ضعيفة لا تنهض حجة، أو أنها ليست نصًّا في الدعوى، والقاعدة المعروفة تقول: (والدليل إذا تطرق إليه الاحتمال بطل به الاستدلال).

ومن جانب آخر إن الأدلة الصحيحة تدل على جواز إجراء بعض العقود على المبيع قبل القبض منها ما رواه البخاري وغيره بسندهم عن ابن عمر (رضي الله عنهما) قال: (كنا مع النبي ﷺ في سفر فكنت على بكر صعب لعمر... فقال النبي لعمر: «بعنيه»، قال: (هو لك يا رسول الله...)، قال رسول الله: «**بعنيه**» فباعه... فقال: «هو لك يا عبد الله بن عمر تصنع به ما شئت»، حيث يدل الحديث على أن رسول الله ﷺ قد اشترى الجمل، وأهداه قبل القبض؛ لأن ابن عمر الذي كان راكباً عليه بأمر والده كان لا يزال على جمله فلم تتم التخلية، ومع ذلك أهداه إليه، يقول الحافظ ابن حجر: (لأن النبي ﷺ تصرف في البكر بنفس تمام العقد... واستفيد من الحديث أن المشتري إذا تصرف في المبيع ولم ينكر البائع كان ذلك قاطعاً لخيار البائع كما فهمه البخاري)، والله أعلم.

وقال ابن بطال: أجمعوا على أن البائع إذا لم ينكر على المشتري ما أحدثه من الهبة والعتق أنه بيع جائز، وعلَّق عليه الحافظ فقال: (وليس الأمر على ما ذكره من الإطلاق، بل فرقوا بين المبيعات، فاتفقوا على منع

---

(١) فتح الباري (٤/٣٥٢)، والمصادر الفقهية السابقة في المسألة الأولى.

بيع الطعام قبل قبضه)، واختلفوا فيما عداه...[1].

ويقول شيخ الإسلام ابن تيمية: (والدليل على ذلك أن الثمن يجوز الاعتياض عنه قبل قبضه بالسُّنَّة الثابتة عن النبي ﷺ قال ابن عمر: (كنا نبيع الإبل بالنقيع ـ بالنون سوق المدينة، وبالباء مقبرتها ـ كنا نبيع بالذهب ونقضي الورق، ونبيع بالورق، ونقضي الذهب، فسألت النبي ﷺ عن ذلك فقال: «**لا بأس إذا كان بسعر يومه، إذا تفرقتما وليس بينكما شيء**»، فقد جوز النبي ﷺ أن يعتاضوا عن الدين الذي هو الثمن بغيره مع أن الثمن مضمون على المشتري لم ينتقل إلى ضمان البائع، فكذلك المبيع الذي هو دين السلم يجوز بيعه، وإن كان مضموناً على البائع لم ينتقل إلى ضمان المشتري، فعلى ضوء ذلك لا مانع من وجود الضمان على البائع مع جواز بيع المبيع قبل قبضه، ولذلك أجاز جماعة من الفقهاء بيع الثمرة على الشجرة بعد بدو صلاحها مع أنها لا تزال على الشجرة وفي ضمان البائع، واستدلوا بحديث مسلم عن جابر عن النبي ﷺ، قال: «**إذا بعت من أخيك ثمرة فأصابتها جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً**»[2]، يقول ابن القيم في هذه المسألة: (لأنها ليست في حكم المقبوض من جميع الوجوه، ولهذا يجب عليه تمام التسليم بالوجه المحتاج إليه، فلما كانت مقبوضة من وجه غير مقبوضة من وجه رتبنا على الوجهين مقتضاها، وهذا من ألطف الفقه)[3].

وقد ذكر العلامة ابن القيم إثني عشر عقداً أجاز فيها الفقهاء المانعون أيضاً بيع الشيء قبل قبضه وهي:

---

(١) فتح الباري (٤/ ٣٣٥)، ودعوى الاتفاق على منع بيع الطعام قبل قبضه غير دقيقة لما ذكرنا في الخلاف.

(٢) مجموع الفتاوى، ط السعودية (٢٩/ ٥٠٥ ـ ٥١٠).

(٣) شرح ابن القيم على سنن أبي داود، المطبوع بهامش عون المعبود (٩/ ٤١٠).

١ ـ بيع الميراث قبل قبض الوارث له.

٢ ـ إذا أخرج السلطان رزق رجل فباعه قبل أن يقبضه.

٣ ـ إذا عزل سهمه فباعه قبل أن يقبضه.

٤ ـ ما ملكه بالوصية، فله أن يبيعه بعد القبول وقبل القبض.

٥ ـ غلة ما وقف عليه، حيث له أن يبيعها قبل قبضها.

٦ ـ الموهوب للولد إذا قبضه، ثمَّ استرجعه الوالد، فله أن يبيعه قبل قبضه.

٧ ـ إذا أثبت صيداً، ثمَّ باعه قبل القبض جاز.

٨ ـ الاستبدال بالدين من غير جنسه هو بيع قبل القبض.

ويدل عليه حديث ابن عمر[١]، قال ابن القيم: (نص الشافعي على الميراث، والرزق يخرجه السلطان، وخرج الباقي على نصه).

٩ ـ بيع المهر قبل قبضه جائز، وقد نص أحمد على جواز هبة المرأة صداقها من زوجها قبل قبضه.

١٠ ـ إذا خالعها على عوض جاز التصرُّف فيه قبل قبضه، حكاه صاحب المستوعب وغيره وذكر أبو البركات في المحرر أنه لا يجوز.

١١ ـ إذا أعتقه على مال جاز التصرُّف فيه قبل قبضه، حكاه صاحب المستوعب.

١٢ ـ إذا صالحه عن دم العمد بمال جاز التصرُّف فيه قبل قبضه، وكذلك إذا أتلف له مالاً، وأخرج عوضه ومنع صاحب المحرر من ذلك كله.

---

(١) روى أحمد (٢/ ٣٣، ٨٣)، وابن ماجه (الحديث ٢٢٦٢)، والحاكم وصححه ووافقه الذهبي (٢/ ٤٤) بسندهم عن ابن عمر (رضي الله عنهما) قال: (كنا نبيع الإبل بالنقيع ـ بالنون سوق المدينة، وبالباء مقبرتها ـ كنا نبيع بالذهب، ونقضي بالورق... فسألت النبي ﷺ عن ذلك فقال: «**لا بأس إذا كان بسعر يومه، إذا تفرقتما وليس بينكما شيء**»).

وقد ذكر كذلك جواب المانعين عن هذه الصور والفرق بينها وبين التصرُّف في المبيع قبل القبض بأن الملك غير مستقر، فلم يسلط على التصرُّف في ملك مزلزل، بخلاف هذه الصور حيث أن الملك فيها مستقر غير معرض للزوال[1].

ونقصد بذكر هذه الصور أن مسلك هؤلاء المانعين منعاً مطلقاً ليس عاماً، وسائراً على طريقة واحدة، فهم كلهم، أو بعضهم أجازوا هذه الصور أو بعضها مما يضعف مسلكهم، بل إن تعليلهم يضعف الملك قبل القبض وحتى لا يؤدي إلى توالي الضمانين ليس مقنعاً، ولا مسلماً على إطلاقه، وأنه لا يوجد في الشرع، ولا في العقل مانع من كون الشيء مضموناً على الشخص بجهة، ومضموناً له بجهة أخرى، ولذلك يقول مالك، وأحمد في المشهور من مذهبه: ما يمكن للمشتري من قبضه وهو المتعين بالعقد فهو من ضمان المشتري، وحينئذ له الحق في التصرُّف فيه، بالإضافة إلى أن جواز التصرُّف ليس ملازماً للضمان[2].

ثمَّ إن الذي تقتضيه القواعد العامة لشريعتنا الغراء هي أن العقود ـ ولا سيما المالية ـ تتم، وتلزم بالإيجاب والقبول ـ مع بقية الشروط المطلوبة، وبالتالي تترتب عليها الآثار الشرعية فلا ينبغي الاستثناء منها إلَّا ما يدل الدليل الصحيح على استثنائه، وفي نظرنا فهذا محصور في الطعام فلا يجوز بيعه ولا التصرُّف فيه قبل القبض، وفيما عداه يبقى على القاعدة العامة والله أعلم. ثمَّ إن لفظ: «الطعام» قد ثار حوله الخلاف في بيان ماهيته وحقيقته، حيث ذهب بعضهم إلى أن المراد به هو الحنطة فقط وذهب آخرون إلى أن المراد به هو ما يعد في الغرف

---

(١) شرح ابن القيم على سنن أبي داود (٩/ ٣٨٦ ـ ٣٨٨) الفروق (٣/ ٢٨٢ ـ ٢٨٣)، وبدائع الصنائع (٨/ ٣١٠١)، والمجموع شرح المهذب (٩/ ٢٧٠ ـ ٢٧١)، والمغني لابن قدامة (٤/ ١٢١).

(٢) نفس المصادر السابقة.

للأكل والاقتيات، يقول ابن منظور: (وأهل الحجاز إذا أطلقوا اللفظ بالطعام عنوا به البر خاصة... وقال ابن الأثير: الطعام عام في كل ما يقتات من الحنطة، والشعير، والتمر وغير ذلك)، وذهب بعضهم إلى أن المراد به التمر فقط[1]، وقد ورد لفظ: «طعام» في الحديث الصحيح الذي رواه البخاري وغيره، عن أبي سعيد الخدري في مقابل (شعير) مما يدل على أنه غيره حيث قال: (كنا نعطيها في زمان النبي ﷺ صاعاً من طعام، أو صاعاً من تمر أو صاعاً من شعير، أو صاعاً من زبيب)[2]، قال الحافظ: «حكى الخطابي أن المراد بالطعام هنا الحنطة، وأنه اسم خاص له، قال: (ويدل على ذلك الشعير وغيره)[3]، لكن ابن المنذر رد عليه، واستشهد بقول أبي سعيد الخدري: (كنا نخرج في عهد رسول الله ﷺ يوم الفطر صاعاً من طعام، وكان طعامنا الشعير والزبيب والأقط والتمر)[4]، ولذلك فالراجح هو أن الطعام يشمل كل ما يعد للقوت سواء أكان حنطة أم غيرها.

وإذا كنا نحن رجحنا جواز التصرُّف في المبيع قبل القبض في غير الطعام فإن ذلك مقيد بقدرة المشتري على إيصال الحق إلى صاحبه الجديد، وبعبارة أخرى: التمكن من القبض، وإن لم يتم القبض، يقول ابن القيم: (وأما مالك وأحمد في المشهور من مذهبه فيقولان: ما يمكن المشتري من قبضه وهو المتعين بالعقد فهو من ضمان المشتري، ومالك وأحمد يجوزان التصرُّف فيه، ويقولان: الممكن من القبض جار مجرى القبض على تفصيل في ذلك، فظاهر مذهب أحمد أن الناقل للضمان إلى المشتري، هو التمكن من القبض، لا نفسه...)[5].

---

(١) لسان العرب، ط دار المعارف (ص٢٦٧٣)، مادة (طعم).

(٢) صحيح البخاري ـ مع الفتح ـ كتاب الزكاة (٣/ ٣٧٢).

(٣) يراجع تفصيله في فتح الباري (٣/ ٣٧٣ ـ ٣٧٥)، والمحلى لابن حزم (٩/ ٥٩٢).

(٤) صحيح البخاري ـ مع الفتح ـ (٣/ ٣٧٥).

(٥) شرح سنن أبي داود (٩/ ٣٨٨).

ولذلك علل الشافعية وغيرهم في تجويزهم بيع الأرزاق التي يخرجها السلطان قبل قبضها بأن يد السلطان يد حفظ، فتكون مثل يد المقر له، ويكفي ذلك لصحة البيع[1]، ولهذا السبب أيضاً يجوز بيع الضال والمغصوب لمن يقدر على انتزاعه، ولا يجوز لغيره[2]، ولهذا السبب نفسه يقول ابن القيم: (فإن قيل: فأنتم للمغصوب منه أن يبيع المغصوب لمن يقدر على انتزاعه من غاصبيه، وهو بيع ما ليس عنده).

قيل: لما كان البائع قادراً على تسليمه بالبيع، والمشتري قادراً على تسلمه من الغاصب، فكأنه قد باعه ما هو عنده، وصار كما لو باعه مالاً، وهو عند المشتري وتحت يده، وليس عند البائع والعندية هنا ليست عندية الحس والمشاهدة، فإنه يجوز أن يبيعه ما ليس تحت يده ومشاهدته، وإنما هي عندية الحكم والتمكين...[3].

وقد أثار بعض الفقهاء العلة في التفرقة بين الطعام وغيره فذكر بعضهم أنها تعبدية، وذكر الآخرون بأنها معللة بأن غرض الشارع سهولة الوصول إلى الطعام، ليتوصل إليه القوي والضعيف، ولذلك منع فيه الاحتكار وشدد فيه الإسلام دون غيره، فلو جاز قبل قبضه لربما أخفى بإمكان شرائه من مالكه، وبيعه خفية فلم يتوصل إليه الفقير[4].

وذكر الإمام أبو محمد المنبجي الحنفي أن المعنى الذي نهى النبي ﷺ عن بيع الطعام قبل القبض لأجله هو غرر انفساخ العقد بهلاك المعقود عليه قبل القبض، والهلاك في العقار نادر[5].

---

(١) المجموع (٩/ ٢٦٧).

(٢) الغاية القصوى (١/ ٤٦٠) حاشية الدسوقي (٣/ ١١).

(٣) شرح ابن القيم على سنن أبي داود (٩/ ٤١٢).

(٤) الفواكه الدواني (٢/ ١١٧).

(٥) اللباب في الجمع بين السنة والكتاب، تحقيق د. محمد فضل، ط دار الشروق (٢/ ٥٢٨).

وقد اعترف شيخ الإسلام ابن تيمية بغموض هذه المسألة وعلتها ولذلك كثر فيها تنازع الفقهاء، ومال أكثرهم إلى التمسك بظاهر النصوص دون الركون إلى العلة[1].

والذي يقتضيه مجموع الأدلة هو الوقوف عند ما ورد فيه النص الصحيح الخالي عن المعارضة، وهو منع بيع الطعام قبل قبضه وجوازه في غيره لما ذكرنا.

وقد أجاب القرافي عن أدلة المانعين عن بيعه قبل القبض مطلقاً، حيث حمل أحاديثهم على بيع ما ليس ملكاً لبائعه؛ لأنه غرر، أما المعقود عليه فقد حصل فيه ملك بالعقد، وبالتالي فما دام متمكناً من القبض فما المانع من التصرُّف فيه؟ ثمَّ بين الفرق بين الطعام وغيره فقال: (إن الطعام أشرف من غيره لكونه سبب قيام البنية وعماد الحياة فشدد الشرع على عاداته في تكثير الشروط فيما عظم شرفه كاشتراط الولي والصداق في عقد النكاح دون عقد البيع، وشرط في القضاء ما لم يشترطه في منصب الشهادة)، ثمَّ يتأكد ما ذكرناه بمفهوم نهيه عليه الصَّلاة والسَّلام عن بيع الطعام حتى يستوفى، ومفهومه أن غير الطعام يجوز بيعه قبل أن يستوفى، وقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ. . .﴾[2].

وقد ردّ ابن تيمية في مسألة بيع ما لم يضمن على عدم وجود التلازم بين الضمان، وجواز التصرف، وقال: (وأصول الشريعة توافق هذه الطريقة، فليس كل ما كان مضموناً على شخص كان له التصرف فيه كالمغصوب، والعارية، وليس كل ما جاز التصرف فيه كان مضموناً على المتصرف كالمالك له أن يتصرف في المغصوب والمعار، فيبيع المغصوب من غاصبه وممن يقدر على تخليصه منه وإن كان مضموناً على الغاصب، كما أن الضمان بالخراج فإنما هو فيما إتفق ملكاً ويداً، وأما إذا كان الملك لشخص واليد لآخر فقد يكون الخراج للمالك، والضمان على القابض)، كما ذكر

(١) مجموع الفتاوى (٢٩/ ٤٠٣ ـ ٤٠٤).
(٢) الفروق للقرافي (٣/ ٢٨١ ـ ٢٨٢).

عدَّة أمثلة أخرى في باب الإجارة، وبيع الثمار، ونحوهما، كما ذكر أن النصوص خاصة ببيع الطعام قبل قبضه، أو توفيته، ومن هنا تبقى بقية التصرفات على الإباحة، حيث يقول: (وأيضاً فليس المشتري ممنوعاً من جميع التصرفات بل السُّنَّة إنما جاءت في البيع خاصة، ولو أعتق العبد المبيع قبل القبض فقد صح إجماعاً...)[1]

ثمَّ إن جميع التصرفات ليست كالبيع؛ لأن النص وارد فيه فقط، وتبقى بقية التصرفات على الجواز، يقول ابن بطال: (أجمعوا على أن البائع إذا لم ينكر على المشتري ما أحدثه من الهبة والعتق أنه جائز، واختلفوا فيما إذا أنكر ولم يرض، فالذين يرون أن البيع يتم بالكلام دون اشتراط التفرق بالأبدان يجيزون ذلك، ومن يرى التفرق بالأبدان لا يجيزونه والحديث ـ أي: حديث ابن عمر في البخاري ـ حجة عليهم)[2]، ويقول شيخ الإسلام ابن تيمية: وأيضاً فليس المشتري ـ أي قبل القبض ـ ممنوعاً من جميع التصرفات، بل السُّنَّة إنما جاءت في البيع خاصة ولو أعتق العبد المبيع قبل القبض فقد صح إجماعاً...)[3].

ومن جانب آخر إن هذا المنع خاص بالمبيع عند جمهور الفقهاء، أما الثمن فيجوز التصرف فيه ـ من غير الصرف ـ قبل القبض عندهم[4]، وهذا أيضاً تضييق لدائرة المنع، وحصر لها فيما ورد فيه النص وهو المبيع دون الثمن، وهذا يؤكد على أن الأصل الحل، فجاء النص الصريح الثابت فمنع من بيع الطعام قبل القبض، وبقيت بقية التصرفات على الحل والإباحة والله أعلم.

---

(١) مجموع الفتاوى (٢٩/ ٤٠١).
(٢) فتح الباري (٤/ ٣٣٥).
(٣) مجموع الفتاوى (٢٩/ ٤٠١).
(٤) المصادر الفقهية السابقة، ويراجع: الفتاوى الهندية (٣/ ١٣).

أثر القبض في العقود الفاسدة[1]

لا خلاف بين الفقهاء في أن العقود الفاسدة لا يترتب عليها قبل القبض المعقود أي أثر شرعي غير أن الحنفية ذهبوا إلى أن العقود الفاسدة إذا أعقبها القبض فإنه يترتب عليه بعض الآثار الشرعية هذا من جانب، ومن جانب آخر فإن جمهور الفقهاء يرتبون على القبض في العقود الفاسدة بعض الآثار من حيث الضمان ونحوه[2].

والفرق بين الجمهور وبين الحنفية في هذه المسألة: أن الحنفية جعلوا الآثار التي تترتب على القبض في العقد الفاسد من آثار العقد نفسه، في حين أن الجمهور لم ينظروا إلى العقد الفاسد، وإنما رتبوها على القبض والرضا من الطّرفين به.

ونحن نذكر هنا آراء الفقهاء في هذه المسألة، وبعض نصوصهم التي توضح المراد.

---

(١) ذهب الحنفية إلى التفرقة بين العقد الباطل والعقد الفاسد، فقالوا: الباطل هو ما لم يشرع لا بأصله ولا بوصفه، والفاسد هو الذي شرع بأصله دون وصفه، وأما الجمهور فقالوا بترادفهما، والجميع متفقون على أن العقد الباطل لا يترتب عليه أثر شرعي من آثار العقد ـ كقاعدة عامة ـ وإن الحنفية متفقون مع الجمهور في أن العقد الفاسد بمجرده لا يترتب عليه أثر شرعي، غير أن الحنفية قالوا: إذا تم القبض في العقد الفاسد فإنه يترتب عليه بعض الآثار منها انتقال الملكية في البيع، وقالوا: ومع اتمام القبض يظل الفسخ واجباً في الشرع، لإزالة الفساد إلى أن يتعذر ذلك، وأما الإثم فيبقى على العاقدين في كل الأحوال ما داما لم يفسخا.
انظر في تفصيل هذه المسألة من حيث تحرير محل النزاع، ومنشأ الخلاف، وهل الخلاف لفظي أو معنوي: تيسير التحرير لأمير بادشاه (٢/ ٢٣٤)، والتوضيح على التلويح (١/ ٢١٨)، والمستصفى (١/ ٩٤)، والمنثور في القواعد للزركشي (٢/ ٣٠٣)، والتمهيد للإسنوي (ص٥٩)، وتخريج الفروع (ص٧٦)، ورسالتنا في مبدأ الرضا في العقود (١/ ١٥٥).

(٢) المصادر السابقة.

فالحنفية وسعوا في أثر القبض في العقد الفاسد على تفصيل ذكره فقهاؤهم، جاء في الدر المختار: (وإذا قبض المشتري المبيع برضا بائعه صريحاً، أو دلالة ـ بأن قبضه في مجلس العقد دون أن ينهاه ـ في المبيع الفاسد... ملكه إلَّا في ثلاث: في بيع الهازل، وفي شراء الأب من ماله لطفله، أو بيعه له كذلك فاسداً لا يملكه حتى يستعمله... وإذا ملكه تثبت كل أحكام الملك إلَّا خمسة لا يحل له أكله، ولا لبسه، ولا وطؤها، ـ أي: إذا كانت جارية ـ ولا أن يتزوجها منه البائع، ولا شفعة لجاره... ولا شفعة بها).

وقد فصل الحنفية في هذه المسألة وفرقوا بين بعض أنواع الفاسد، فقالوا مثلاً أن العقد الفاسد يسبب الإكراه إذا تم القبض برضا المكرَه ـ بفتح الراء ـ فقد زالت عنه جميع آثار الفساد، أما لو تم القبض فيه بدون رضاه، ثمَّ باعه المشتري إلى شخص آخر، أو وهبه، أو أعتقه فإن هذه التصرفات كلها تنقض، أما إذا كان الفساد بغير الإكراه وباعه المشتري بيعاً صحيحاً باتاً لغير بائعه، أو وهبه وسلم، أو أعتقه بعد قبضه، أو وقفه، أو رهنه، أو أوصى به، أو تصدق به نفذ البيع الفاسد في جميع ما مر، وامتنع الفسخ لتعلق حق العبد به، أما ما قبل هذه التصرفات فإنه يمكن لكل واحد من الطَّرفين أن يفسخه، كما أنه لا يبطل حق الفسخ بموت أحدهما[1].

وقد لخص العلامة علاء الدين السمرقندي (ت٥٣٩) أحكام القبض في العقد الباطل والفاسد في المذهب الحنفي تلخيصاً جيداً يحسن ذكره، فقال: (إن كان الفساد من قبل المبيع بأن كان محرماً نحو الخمر، والخنزير، وصيد الحرم والإحرام فالبيع باطل لا يفيد الملك أصلاً، وإن قبض؛ لأنه لا يثبت الملك في الخمر، والخنزير للمسلم بالبيع، والبيع لا ينعقد بلا مبيع...

---

(١) الدر المختار مع حاشية ابن عابدين (٤/ ١٢٣ ـ ١٢٨).

وإن كان الفساد يرجع للثمن. . . كما إذا باع الخمر. . . فإن البيع ينعقد بقيمة المبيع، ويفيد الملك في المبيع بالقبض. . . وكذلك إذا كان الفساد بإدخال شرط فاسد، أو باعتبار الجهالة، ونحو ذلك، وإن ذكر المبيع، والثمن فهو على هذا يفيد الملك بالقيمة عند القبض.

ثمَّ في البيع الفاسد إنما يملك بالقبض إذا كان بإذن البائع، فأما إذا كان بغير إذنه فهو كما لو لم يقبض. . . وذكر محمد في الزيادة: إذا قبضه بحضرة البائع فلم ينهه، وسكت إنه يكون قابضاً ويصير ملكاً له.

ثمَّ المشتري شراءً فاسداً هل يملك التصرُّف في المشتري، وهل يكره ذلك؟ فنقول: (لا شك أنه قبل القبض لا يملك تصرفاً ما لعدم الملك).

وأمَّا بعد القبض فيملك التصرُّفات المزيلة للملك من كل وجه، أو من وجه، نحو الإعتاق، والبيع، والهبة، والتسليم. . .).

وأما الكراهة فقال الكرخي: يكره التصرُّفات كلها؛ لأنه يجب عليه الفسخ لحق الشرع، وفي هذه التصرُّفات إبطال حق الفسخ، أو تأخيره فيكره، وقال بعض مشايخنا: لا يكره التصرُّفات المزيلة للملك؛ لأنه يزول الفساد بسببها، فأما التصرُّفات التي توجب تقريراً لملك الفاسد فإنه يكره، والصحيح الأوَّل.

وأما المشتري شراءً فاسداً إذا تصرف في المشتري بعد القبض فإن كان تصرفاً مزيلاً للملك من كل وجه كالإعتاق والبيع والهبة فإنه يجوز، ولا يفسخ؛ لأن الفساد قد زال بزوال الملك، وإن كان تصرفاً مزيلاً للملك من وجه أو لا يكون مزيلاً للملك فإن كان تصرفاً لا يحتمل الفسخ كالتدبير، والاستيلاد والكتابة فإنه يبطل حق الفسخ، وإن كان يحتمل الفسخ كالإجارة فإنه يفسخ[1].

---

(١) تحفة الفقهاء (٢/ ٨٣ ـ ٨٨).

وأما جمهور الفقهاء فعلى الرغم من أنهم لم يعترفوا بالتفرقة بين العقد الباطل والعقد الفاسد من حيث المبدأ لكنهم رتبوا بعض الآثار على القبض في العقد الفاسد، يقول ابن رشد: (اتفق العلماء على أن البيوع الفاسدة إذا وقعت ولم تفت بإحداث عقد فيها أو نماء: إن حكمها الرد أعني رد البائع الثمن، والمشتري المثمن، واختلفوا إذا قبضت وتصرف فيها بعتق، أو هبة، أو بيع، أو رهن، أو غير ذلك من سائر التصرُّفات. هل ذلك فوت يوجب القيمة أو كذلك إذا نمت أو نقصت؟ فقال الشافعي: ليس ذلك فوتاً، ولا شبهة ملك في البيع الفاسد، وإن الواجب الرد، وقال مالك: (كل ذلك فوت يوجب القيمة إلَّا ما روى عنه ابن وهب في الربا: أنه ليس بفوت...)[1].

فمذهب مالك في هذه المسألة هو أن البيوع الفاسدة عنده تنقسم إلى محرمة، ومكروهة، فأما المحرمة فإنها إذا فاتت بعد القبض مضت بالقيمة وأما المكروهة فإنها إذا فاتت بعد القبض صحت عنده، قال ابن رشد: (وربما صح عنده بعض البيوع الفاسدة بالقبض لخفة الكراهة عنده في ذلك)[2].

وجاء في رسالة القيرواني (ت٣٨٦هـ)، وشرحه للنفراوي: (وكل بيع فاسد ـ لفقد شرط، أو وجود مانع ـ فضمانه من البائع، لبقائه على ملكه حيث لم يقبضه المبتاع، فإن قبضه المبتاع قبضاً مستمراً، فضمانه من المبتاع من زمن قبضه، قال العلامة خليل: وإنما ينتقل ضمان الفاسد بالقبض...؛ لأنه قبضه على جهة التملك لا على جهة الأمانة، فإن لم يقبضه فلا ضمان ولو مكنه البائع من قبضه، وقيدنا القبض المستمر للاحتراز عما إذا اشترى سلعة شراءً فاسداً فقبضها، ثمَّ ردّها إلى البائع على وجه الأمانة، أو غيرها فهلكت فإن ضمانها من بائعها؛ لأن هذا القبض بمنزلة العدم).

---

(١) بداية المجتهد (٢/ ١٩٣).

(٢) الفواكه الدواني، ط مصطفى الحلبي (٢/ ١٢٩ ـ ١٣٠).

وقد اعتبر مالك تغير حال السوق ـ بأن تغير ثمنه بزيادة أو نقص بنسبة الربع ـ أو تغير المعقود عليه بصغر وكبر بعد القبض كالهلاك، فعلى هذا إذا قبض المشتري في العقد الفاسد المعقود عليه ثمَّ تغير ثمنه، أو ذاته فلا يحق له أن يرده على بائعه، لانتقال ملكه إليه بهذا التغيير الذي هو بمثابة الفوات، بل عليه قيمته يوم قبضه إذا كان قيمياً، وعليه مثله إذا كان مثلياً كالمكيول والموزون، وأما العقارات فلا تؤثر فيها حوالة الأسواق كالمثلي، بل لا بد من ردّها لفساد بيعها[1].

وقد ذكر العلامة النفراوي عدَّة أمور هامة حول هذه المسائل، **منها**: أنَّ كلام القيرواني يشعر بأن المبيع في العقد الفاسد بعد قبضه يحل تملكه، وذلك لأنه جعل الضمان على المشتري بعد قبضه، وهذا على عكس بيع الميتة والزبل، والكلب فلا ضمان على المشتري ولو قبضه وأدى ثمنه كما قاله ابن القاسم.

ومنها: أن الضمان في البيع الصحيح يختلف عن الضمان في البيع الفاسد حيث أن العقد الفاسد وحده دون القبض لا يؤدي إلى ترتيب الضمان على المشتري، في حين أن العقد الصحيح فيما ليس فيه يجعل الضمان على المشتري حتى قبل القبض.

ومنها: الإشكال الذي ذكره الفاكهاني حول نقل الضمان في العقد الفاسد بعد القبض إلى المشتري، فقال: (جعل الضمان من البائع صريح في أن الفاسد لم ينقل الملك، وجعل الضمان بعد القبض من المشتري يقتضي أن الفاسد ينقل. . . فأجاب النفراوي بأنه لا ملازمة بين نقل الملك والضمان إذ قد يوجد الضمان من غير تقدم ملك، كمن أتلف شيء غيره من غير تقدم سبب ملك، فإنه يضمن لتعديه، والمشتري هنا متعد بقبض المشتري شراءً

---

(١) المصدر السابق.

فاسداً. فيكون ضمانه لتعديه بالقبض لما يجب فسخ عقده قبل فواته، ولذلك يضمن بعد القبض حتى ولو هلك بآفة سماوية إذن فلا حاجة إلى بناء الضمان بعد القبض على القول بأن الفاسد ينقل الملك).

ومنها: أنه إذا أردت السلعة بسبب الفساد فإن المشتري يفوز بغلتها للحديث الصحيح «الخراج بالضمان»[1]، وأما كلفتها فإن تساوت مع الغلة فلا شيء له، وإن زادت، أو لا غلة له فإنه يرجع على البائع بقدرها؛ لأنه قام عن البائع بما لا بدَّ له منه[2].

بل إنَّ الشافعية صرَّحوا بأن فاسد كل عقد كصحيحه في الضمان وعدمه بعد العقد يقول الزركشي: (ومعنى ذلك أن ما اقتضى صحيحه الضمان بعد التسليم كالبيع والقرض، والعمل والقراض، والإجارة، والعارية فيقتضي فاسده الضمان؛ لأنه أولى بذلك، وما لا يقتضي صحيحه الضمان بعد التسليم كالرهن والعين المستأجرة والأمانات كالوديعة، والتبرع كالهبة والصدقة لا يقتضيه فاسده أيضاً)[3]، غير أنه استثنى من هذه القاعدة عدَّة صور منها أن الهبة الصحيحة لا ضمان فيها على المشتري، والفاسدة تضمن على وجه نقل ترجيحه عن الشرح الصغير، ومنها إعارة الدراهم والدنانير قال الغزالي: (فإن أبطلناها ففي طريقة العراق أنها مضمونة؛ لأنها إعارة فاسدة، وفي طريق المراوزة: أنها غير مضمونة لأنها باطلة)[4].

وذكر الزركشي أن القبض الفاسد لا أثر له إلَّا فيما وقع في ضمن إذن فيبرىء، إلغاء للفاسد، وإعمالاً للصحيح، ولذلك صور: منها لو كان لشخص

---

(١) سبق تخريجه.
(٢) الفواكه الدواني (٢/ ١٢٩ ـ ١٣١)، والخرشي (٥/ ٨٨).
(٣) المنثور في القواعد للزركشي (٣/ ٨ ـ ١٢).
(٤) الوسيط مخطوطة الدار الكتب الرقم (٣١٢ ـ الفقه الشافعي)، ورقة (١٠٠)، والتمهيد للإسنوي (ص٦٠)، والمنثور (٣/ ٩).

طعام مقدر على زيد، وكان عليه مثله لعمرو فقال لعمرو: إقبض من زيد مالي عليه لنفسك، ففعل فالقبض فاسد، ومع ذلك تبرأ ذمة الدافع عن دين الآخر في الأصح، ومنها: إذا فسدت ولاية العامل (الأمير)، وقبض المال مع فسادها برىء الدافع؛ لأن الإذن يبقى وإن فسدت الولاية، نعم لو نهاه عن القبض بعد فسادها لم يبرأ الدافع بالدفع إليه إن علم بالنهي، فإن لم يعلم فوجهان...[1].

والشافعية صرحوا أن العقد الفاسد لا يملك فيه شيء ويلزمه الرد ومؤنته، وليس له حبسه لقبض البدل، ولا يرجع بما أنفق إن علم الفساد، وكذا إن جهل على الأصح[2].

والحنابلة كذلك يوجبون الضمان على المشتري في العقد الفاسد بعد القبض قال ابن رجب الحنبلي: (كل عقد يجب الضمان في صحيحه يجب الضمان في فاسده... فالبيع والإجارة والنكاح موجبة للضمان مع الصحة فكذلك مع الفساد، والأمانات كالمضاربة، والشركة والوكالة والوديعة، وعقود التبرعات كالهبة لا يجب الضمان فيها مع الصحة، فكذلك مع الفساد)[3].

وقد اتفق الظاهرية مع الجمهور في أن العقد الفاسد لا يفيد الملك مطلقاً، لكنهم قالوا: إن المثمن المقبوض في العقد الفاسد مضمون على المشتري ضمان الغصب سواء بسواء، والثمن مضمون على البائع إن قبضه، ولا يصححه طول الأزمان، ولا تغير الأسواق، ولا فساد السلعة، ولا ذهابها...[4].

---

(١) المنثور في القواعد (٣/ ١٦ ـ ١٧).

(٢) المصادر السابقة.

(٣) القواعد لابن رجب (ص٦٩)، ويراجع: مجموع الفتاوى لابن تيمية (٢٩/ ٣٢٧، ٤٠٦).

(٤) المحلى لابن حزم (٩/ ٤١٨ ـ ٤٢١).

وبعد هذا العرض يمكن القول بأن الفقهاء متفقون على أن المقبوض بعقد فاسد مضمون ما دامت طبيعة هذا العقد لو كان صحيحاً يوجب الضمان على التفصيل السابق بينهم، واتضح لنا أن القبض كان له أثره حتى مع كون العقد فاسداً، كما أنه يمكننا تلخيص هذه الآراء السابقة في ثلاثة اتِّجاهات:

الاتِّجاه الأوَّل: أن المقبوض بعقد فاسد لا يفيد الملك مطلقاً، وهذا اتجاه الشافعية، وأحمد في المشهور من مذهبه.

الاتِّجاه الثَّاني: أن المقبوض بعقد فاسد يفيد الملك وهذا مذهب الحنفية.

الاتِّجاه الثَّالث: أنَّ المقبوض بعقد فاسد إن فات أفاد الملك، وإن بقي ولم يتغير يجب ردّه ولم يفد الملك، وإن تغير حاله، أو سعره بنسبة الربع فيعتبر كالهلاك، وبالتالي فلا يرده، بل يرد قيمته إن كان قيمياً، وأما إن كان مثلياً فيرد المثل، وأما العقار فلا يؤثر فيه تغير الأسعار.

المقبوض على سوم الشراء، أو النظر، أو الرهن

وأما المقبوض على سوم الشراء فهو أن يتساوم شخصان حول بضاعة ويصلان إلى ثمن معين، ثمَّ يطلب المتساوم الراغب في الشراء أن يأخذها، على أن ينظر فيها: فإن أعجبته أنشأ العقد مع صاحبه، وإلَّا أرجعها إليه، وقد ضرب العلامة ابن عابدين مثلاً لهذه المسألة فقال: (طلب منه ثوباً ليشتريه، فأعطاه ثلاثة أثواب، وقال: هذا بعشرة، وهذا بعشرين، وهذا بثلاثين، فاحملها فأي ثوب ترضى بعته منك، فحمل، فهلكت عند المشتري)، ففي هذا المثال يكون الضمان على المشتري لأحد هذه الأثواب الثلاثة لا على التعيين؛ لأنه هو المطلوب للشراء، فيكون الضمان بالثلث، ولذلك قال الإمام ابن فضل في هذه المسألة: (إن هلكت جملة، أو متعاقباً ولا يدري الأوَّل وما بعده ضمن تلك الكل، وإن عرف الأوَّل لزمه ذلك الثوب، والثوبان أمانة، وإن هلك اثنان ولا يعلم أيهما الأوَّل ضمن نصف كل منهما، ورد

الثَّالث؛ لأنه أمانة، وإن نقص الثَّالث ثلثه، أو ربعه لا يضمن النقصان، وإن هلك واحد فقط لزمه ثمنه ويرد الثوبين».

يقول ابن عابدين: (قال في البحر: فهذا صريح في أن بيان الثمن من جهة البائع يكفي للضمان. . . . قلت: (وبيان ذلك أن المتساوم إنما يلزمه الضمان إذا رضي بأخذه بالثمن المسمى على وجه الشراء فإذا سمى البائع الثمن، وتسلم المساوم الثوب على وجه الشراء يكون راضياً بذلك، كما أنه إذا سمى هو الثمن، وسلم البائع يكون راضياً بذلك فكأن التسمية صدرت منهما معاً بخلاف ما إذا أخذه على وجه النظر)[1].

أما إذا كان الثوب واحداً ـ مثلاً ـ ثمَّ هلك فيكون مضموناً كله.

ثمَّ الضمان في المقبوض على سوم الشراء يكون بالقيمة إذا هلك، أما إذا استهلكه الراغب في الشراء فمضمون بالثمن كما حققه الطرسوسي، في حين أن بعض فقهاء الحنفية قالوا: يكون مضموناً بالقيمة مطلقاً بالغة ما بلغت وبعضهم الآخر قيّدوا ذلك بأن لا يزاد بالقيمة على المسمى وقد صرح الحنفية بأنَّ اشتراط الراغب في الشراء (المساوم) عدم ضمانه لا يعفيه من المسؤولية[2].

وأما المقبوض على سوم النظر فهو بأن يقول: أعطني هذه البضاعة حتى أنظر إليها، أو حتى أريها غيري، ولا يقول: إن رضيته أخذته سواء ذكر الثمن أم لا.

وحكمه عدم الضمان مطلقاً إذا هلك، أما لو استهلكه القابض فإنه يضمن قيمته.

---

(١) رد المحتار على الدر المختار (٤/ ٥٠)، والفتاوى الهندية (٣/ ١١)، والفتاوى البزازية (٤/ ٣٦٦).

(٢) حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٠ ـ ٥١)، والفتاوى الهندية (٣/ ١١).

والفرق بين هذا وسابقه هو وجود القبض على وجه الشراء في الأوَّل، وعدم وجود ذلك في المقبوض على وجه النظر، بل القبض فيه على وجه النظر وقد رضي به المقبض فيكون أمانة ومن هنا فقبض المساوم على وجه الشراء يصبح كأنه راض بتسمية البائع فكأنها وجدت منهما، وأما القبض على وجه النظر فليس فيه ذكر البيع فيكون أمانة[1]، جاء في الفتاوى الهندية: (وفي فروق الكرابيسي: هذا الثوب لك بعشرة، فقال: هاته حتى أنظر إليه، أو حتى أريه غيري فضاع، قال أبو حنيفة (رحمه الله) لا شيء عليه يعني يهلك أمانة، إن قال: هاته فإن رضيته أخذته فضاع كان عليه الثمن، والفرق أنه في الأوَّل أمر بدفعه إليه لينظر إليه، أو ليريه غيره، وذلك ليس ببيع، وفي الثَّاني أمره بالإتيان به ليرضاه ويأخذه، وذلك بيع بدون الأمر (أي: المعاطاة) فمع الأمر الأوَّل... وإن أخذه لا على النظر فضاع لا يخرجه الكلام الأخير عن الضمان الواجب بأول مرة)[2].

وقد أفاض علماء الحنفية في هذه المسائل فقالوا: لو أرسل شخص رسولاً إلى بزّاز ـ مثلاً ـ ليرسل إليه ثوباً فبعثه البزاز مع رسوله، فضاع الثوب قبل أن يصل إلى الآمر، وتصادقوا على ذلك فلا ضمان على الرسول، وإنما الضمان على الآمر، ولكن لو أرسله البزاز مع رسوله فضاع قبل وصوله إلى الآمر يكون الضمان على البزاز[3].

وقالوا أيضاً: لو قبض الوكيل بالشراء البضاعة على سوم الشراء فأراها الموكل فلم يرض به وردّه عليه هلكت عند الوكيل ضمنها الوكيل بالقيمة ولا يرجع بها إلى الموكل إلَّا أن يأمره الموكل بالأخذ على سوم الشراء فحينئذٍ إذا ضمن الوكيل رجع على الموكل.

---

(١) المصادر السابقة.

(٢) الفتاوى الهندية (٣/ ١١).

(٣) الفتاوى الهندية (٣/ ١١ ـ ١٢)، والفتاوى البزازية (٤/ ٣٦٦ ـ ٣٦٧).

وقالوا أيضاً: لو طلب شخص شراء قوس، فذكر الثمن وتقرر، ثمَّ قبل أن يتم التعاقد اللفظي أخذ القوس بإذن البائع فمدّه فانكسر يضمن قيمته حتى ولو قال له البائع: إن انكسر فلا ضمان عليك، أما إذا لم يتقرر الثمن فلا ضمان عليه ما دام الأخذ بإذن البائع.

وقالوا أيضاً: رجل جاء إلى زجّاج (بائع الزجاج) فقال له: ادفع لي هذه القارورة فأراها إياه فقال الزجاج: ارفعها، فرفعها فوقعت فانكسرت لا يضمن؛ لأنه رفعها بإذنه ما دام الثمن لم يتقرر، أما إذا ساوم عليها واستقر الثمن، ثمَّ رفعها فالضمان عليه، هذا كله إذا كان بإذن الزجاج، أما لو رفعها بدون إذنه فانكسرت كان ضامناً.

وقالوا أيضاً: لو اشترى شيئاً فأعطاه البائع غير المبيع غلطاً فهلك ضمن القيمة؛ لأنه قبضه على جهة البيع وهو سوم[١].

وأما المقبوض على سوم الرهن، وذلك بأن يعده شخص أن يقرضه مبلغاً معيناً فجاء المدين برهان فسلمه إليه قبل أن يأخذ دينه فهلك المرهون، جاء في البزازية: (الرهن بالدين الموعود مقبوض على سوم الرهن... بأن وعده أن يقرضه ألفاً فأعطاه رهناً وهلك قبل الإقراض...)[٢].

وحكمه أنه مضمون على الذي قبض بالأقل من قيمته ومن الدين ما دام سمى قدر الدين، أما إذا لم يبين مقداره فليس بمضمون على الأصح[٣].

أنواع القبض، وصوره القديمة والمعاصرة

لقد أفاض فقهاؤنا الكرام في ذكر أنواع القبض، وكيفيته، والصور المتداولة في عصورهم، والمسائل الكثيرة التي لا تسمح طبيعة بحثنا

---

(١) المصادر السابقة.
(٢) حاشية ابن عابدين (٤ / ٥١).
(٣) حاشية ابن عابدين (٤/ ٥١).

بالخوض فيها، ولذلك نذكر أهمها، ثمَّ نعقبها بذكر بعض الصور المعاصرة.

فقد قسم الكاساني الحنفي القبض إلى قبض تام، وقبض ناقص، حيث قال: (إن أصل القبض يحصل بالتخلية في سائر الأموال، واختلفوا في أنها: هل هي قبض تام فيها أم لا؟!)[1].

ومعنى كون التخلية قبضاً تاماً أنه يترتب على التخلية جميع الأحكام المترتبة على العقد بالكامل من انتقال الضمان إلى المشتري، وجواز التصرُّف له في المبيع قبل نقله، أو كيله، أو وزنه، أو عدّه.

ومعنى كون التخلية قبضاً ناقصاً أن المشتري لا يجوز له بيع المبيع قبل نقله، أو كيله، أو وزنه وإن كانت التخلية تؤدي باتفاق الحنفية في الجميع إلى نقل الضمان من البائع إلى المشتري ونحن نذكر هنا بإيجاز متى تكون التخلية قبضاً تاماً، ومتى لا تكون كذلك:

١ ـ التخلية قبض تام فيما يأتي:

(أ) في كل ما ليس له مثل من المذروعات، والمعدودات المتفاوتة، حيث التخلية فيه قبض تام بلا خلاف عند الحنفية، حتى لو اشترى مذروعاً مذارعة، أو معدوداً معاددة ووجدت التخلية يخرج عن ضمان البائع، ويجوز بيعه، والانتفاع به قبل الذرع والعدّ.

(ب) وفيما له مثل لكنه بيع مجازفة؛ لأنه لا يعتبر معرفة القدر في بيع المجازفة.

(ج) وفي المعدودات المتقاربة إذا بيعت عدداً لا جزافاً عند أبي يوسف ومحمد، وعند أبي حنيفة تعتبر التخلية فيها قبضاً ناقصاً.

---

(١) بدائع الصنائع (٧/ ٣٢٥٠)، وحاشية ابن عابدين (٤/ ٤٣)، والفتاوى الهندية (٣/ ١٦).

وجه قول أبي حنيفة أن القدر في المعدود معقود عليه كالقدر في المكيل والموزون، ولذلك لو عدّه فوجده زائداً لا تطيب له الزيادة بلا ثمن، بل يردها أو يأخذها بثمنها، ولو وجده ناقصاً يرجع بقدر النقصان كما في المكيل والموزون، وهذا دليل على أن المقدار معتبر في العقد، ولما كان احتمال الزيادة والنقصان في عدد المبيع ثابتاً فلا بدَّ من معرفة قدر المعقود عليه، وامتيازه عن غيره، ولا يعرف قدره إلَّا بالعدّ، ولذلك لا يجوز بيعه قبل عدّه[1].

ووجهة نظر الصاحبين أن العددي ليس من أموال الربا كالمذروع، ولهذا لم تكن المساواة فيها شرطاً لجواز العقد كما لا تشترط في المذروعات، فكان حكمه حكم المذروع[2].

٢ ـ كون التخلية قبضاً ناقصاً فيما له مثل لكنه بيع مكايلة، أو موازنة في المكيل والموزون، حيث لا يجوز للمشتري أن يبيعه قبل الكيل والوزن، وكذا لو اكتاله المشتري، أو اتزنه من بائعه ثمَّ باعه مكايلة أو موازنة من غيره لم يحل للمشتري منه أن يبيعه، أو ينتفع به حتى يكيله أو يزنه، ولا يكتفي باكتيال البائع أو اتزانه من بائعه وإن كان ذلك بحضرة هذا المشتري.

غير أن الحنفية اختلفوا في علَّة حرمة البيع قبل الكيل أو الوزن فذهب بعضهم إلى أن العلة انعدام القبض بانعدام الكيل أو الوزن، وذهب آخرون بأن السبب هو وجود النص الدال على ذلك فقط؛ لأنه غير معقول المعنى مع حصول القبض بتمامه بالتخلية حيث إن معنى التسليم والتسلم يحصل بالتخلية؛ لأن المشتري يصير سالماً خالصاً للمشتري على وجه يتهيأ له تقليبه، والتصرُّف فيه على حسب مشيئته وإرادته.

---

(١) بدائع الصنائع (٧/ ٣٢٥٠).
(٢) البدائع (٧/ ٣٢٥٠ ـ ٣٢٥٢).

غير أن الحنفية صرحوا بأنه لو كاله البائع، أو وزنه بحضرة المشتري كان ذلك كافياً ولا يحتاج إلى إعادة الكيل لأن المقصود يحصل بكيله مرة واحدة بحضرة المشتري[1].

وبالإضافة إلى كون التخلية قبضاً فإن هناك أموراً أخرى تعتبر بمثابة القبض من حيث الحكم عند الحنَفية، وهي أن يكون المبيع لا يزال في يد البائع ولم يمكن من القبض أيضاً لكن المشتري يقوم بإتلافه، فيعتبر هذا الإتلاف من قبله قبضاً يقول الكاساني: (لأن التخلية تمكين من التصرُّف في المبيع، والإتلاف تصرف فيه حقيقة، والتمكين من التصرُّف دون حقيقة التصرُّف)[2].

وكذلك يعتبر بمثابة القبض كل تصرف من قبل المشتري يؤدي إلى تعييب المعقود عليه، أو نقصه سواء بقطع جزء منه أو نحو ذلك؛ لأن هذه الأفعال تدل على التمكين أكثر من التخلية.

وكذلك لو فعل البائع، أو غيره ذلك بإذن المشتري، أو أمره، ويعتبر قبضاً ما إذا جنى شخص على المبيع فاختار المشتري اتباع الجاني بالضمان حيث يكون اختياره بمنزلة القبض عند أبي يوسف، وكذلك لو استبدل المشتري الضمان ليأخذ مكانه من الجاني شيئاً آخر عنده، وكذلك عند أبي يوسف إذا كان المبيع مصوغاً من فضة اشتراها بدينار مثلاً فاستهلك المصوغ أجنبي قبل القبض فاختار المشتري أن يتبع الجاني بالضمان، ونقد الدينار البائع فافترقا قبل قبض ضمان المستهلك لا يبطل الصرف بينهما عند أبي يوسف؛ لأن اختيار وتضمين المستهلك بمنزلة القبض، وعند محمد يبطل الصرف لعدم القبض، وعلى هذا يخرج ما إذا أسلم في قفيز حنطة، فلما حلّ الأجل أمر ربّ السلم المسلم إليه أن يكيله في وعاء المسلم إليه أو دفع إليه

(١) بدائع الصنائع (٧/ ٣٢٥٠ _ ٣٢٥٢).
(٢) بدائع الصنائع (٧/ ٣٢٥٣).

وعاءه وأمره أن يكيله فيه ففعل فذلك قبض ما دام ربّ السلم حاضراً، وإذا لم يكن حاضراً فلا يصير قابضاً؛ لأن حقه في الدين وليس في العين[1].

وذكر الحنفية مسائل جزئية وفرعية أخرى:

منها: ما لو باع قطناً في فراش، أو حنطة في سنبل، وسلم كذلك فإن أمكن المشتري قبض القطن، أو الحنطة من غير فتق الفراش، أو دق السنبل صار قابضاً له لحصول معنى القبض، وهو التخلي والتمكن من التصرُّف، وإن لم يمكنه إلَّا بالفتق والدق لم يصر قابضاً له؛ لأنه لا يملك الفتق أو الدق؛ لأنه تصرف في ملك البائع، وهو لا يملك التصرُّف في ملكه فلم يحصل التمكن والتخلي فلا يصير قابضاً، ولذلك تقع أجرة الفتق والدق على البائع إذا كان المشتري لا يمكنه القبض إلَّا به.

ومنها: ما لو باع الثمرة على الشجرة وخلى بين المشتري وبينها صار قابضاً؛ لأنه يمكنه الجذاذ من غير تصرف في ملك البائع فحصل التخلي بتسليم الشجر فكان قبضاً، ولذلك تقع أجرة الجذاذ على المشتري[2].

ومنها: لو باع رجل خلًّا في دن ـ وعاء الخل ـ في بيت البائع فخلى بينه وبين المشتري فختم المشتري على الدن وتركه في بيت البائع فهلك بعد ذلك فإنه يهلك من مال المشتري في قول محمد وعليه الفتوى؛ لأن القبض قد تمّ[3].

ومنها: إذا باع مكيلاً في بيت مكايلة، أو موزوناً موازنة، وقال: خليت بينك وبينه، ودفع إليه المفتاح، ولم يكله ولم يزنه صار المشتري قابضاً، ولو لم يقله ذلك لا يكون قابضاً إلَّا بكيله، أو وزنه مرة أخرى.

---

(١) بدائع الصنائع (٧/ ٣٢٥٤، ٣٢٥٧).

(٢) بدائع الصنائع (٧/ ٣٢٥٤، ٣٢٥٧).

(٣) الفتاوى الهندية (٣/ ١٦ ـ ١٧).

وهذا جمع طيب بين من اشترط من الحنفية أن يقول ذلك، وبين من لم يشترط ذلك منهم حيث حمل الإشتراط على ما إذا لم يتم الوزن، أو الكيل، في حين حمل عدمه على إذا تم الوزن، أو الكيل فعلاً.

ومنها: ما لو قال البائع للمشتري: خذ البضاعة فهو قبض إذا كان يصل إلى أخذه ويراه كذا في الذخيرة.

ومنها: ما لو اشترى ثوباً، وأمره البائع بقبضه فلم يقبضه حتى غصبه إنسان، فإن كان حين أمره البائع بالقبض أمكنه أن يمد يده ويقبض من غير قيام صح التسليم، وإلا فلا، كذا في فتاوى قاضي خان(١).

ومنها: ما إذا باع داراً وسلمها إلى المشتري، وفيها متاع قليل للبائع لا يصح التسليم حتى يسلمها إليه فارغة فإن أذن البائع للمشتري بقبض الدار والمتاع صح التسليم؛ لأن المتاع صار وديعة عند المشتري، وكذلك الأمر في الأرض التي فيها زرع للبائع.

وهناك تفصيلات كثيرة تعود في الواقع إلى العرف السائد في عصورهم.

المعقود عليه في يد المشتري:

وهذه المسائل كلها مترتبة على أن المعقود عليه في يد البائع، أما لو كان في يد المشتري وقت العقد فهل يصبح قابضاً بمجرد العقد، أم يحتاج فيه إلى تجديد القبض؟

يقول العلامة الكاساني: (فالأصل فيه أن الموجود وقت العقد إن كان مثل المستحق بالعقد ينوب منابه، وإن لم يكن مثله أمكن تحقيق التناوب؛ لأن المتماثلين غير أن ينوب كل واحد منهما مناب صاحبه ويدمره، وإن كان أقوى منه يوجد فيه المستحق وزيادة، وإن كان دونه لا يوجد فيه إلَّا بعض المستحق فلا ينوب عن كله».

---

(١) المصادر السابقة.

ثمَّ فصّل ذلك في مسائل لخصها في أن يد المشتري قبل الشراء إما أن تكون يد ضمان، أو تكون يد أمانة.

فإذا كانت يد المشتري قبل الشراء يد الضمان بنفسه مثل إن كان غاصباً له ثمَّ اشتراه منه فإنه يصير قابضاً للمبيع بالعقد نفسه، دون الحاجة إلى تجديد القبض: سواء أكان المبيع حاضراً أو غائباً؛ لأن المغصوب مضمون بنفسه، والمبيع بعد القبض مضمون بنفسه فتجانس القبضان، فناب أحدهما عن الآخر.

أما إذا كانت يده يد الضمان لغيره كيد المرتهن، مثل إن باع الراهن المرهون للمرتهن فإنه لا يصير قابضاً إلَّا أن يكون الرهن حاضراً، أو يذهب إلى حيث الرهن ويتمكن من قبضه؛ لأن المرهون ليس مضموناً بنفسه بل بغيره وهو الدين، والمبيع مضمون بنفسه فلم يتجانس القبضان فلم يتشابها فلا ينوب أحدهما عن الآخر، ولأن الرهن أمانة في الحقيقة فكان قبضه قبض أمانة وإنما يسقط الدين بهلاكه لمعنى آخر، لا لكونه مضموناً، وحينئذ لا يكون قبض الأمانة كافياً في قبض الضمان الذي يتم بقبض المبيع بصفة البيع[١].

وأما إذا كانت يد المشتري قبل الشراء يد أمانة كيد الوديعة والعارية فلا يصير قابضاً إلَّا أن يكون بحضرته أو يذهب إلى حيث يتمكن من قبضه بالتخلي؛ لأن يد الأمانة ليست من جنس يد الضمان فلا يتناوبان[٢].

ثمَّ إن الحنفية أجمعوا ـ كما في الفتاوى الهندية ـ على أن التخلية في البيع الجائز الصحيح تكون قبضاً على التفصيل السابق ـ لكنهم ثار بينهم خلاف في أنها هل هي قبض في البيع الفاسد أيضاً أم لا، على روايتين، والصحيح أنها قبض[٣].

---

(١) بدائع الصنائع (٣٢٥٨/٧).
(٢) المصدر السابق.
(٣) الفتاوى الهندية (١٦/٣).

وقد ذكر النووي أن الرجوع فيما يكون قبضاً إلى العادة، ويختلف بحسب اختلاف المال وتفصيله أن المبيع نوعان:

النَّوع الأوَّل: ما لا يعتبر فيه إما لعدم إمكانه، وإما مع إمكانه فينظر: إن كان مما لا ينقل كالأرض والدور فقبضه بالتخلية بينه وبين المشتري، وتمكينه من اليد والتصرُّف بتسليم المفتاح إليه، ولا يعتبر دخوله وتصرفه فيه، ويشترط كونه فارغاً من أمتعة البائع، فلو باع داراً فيها أمتعة البائع توقف التسليم على تفريغها، وكذا لو باع سفينة مشحونة بالقماش.

أما لو جمع البائع متاعه في غرفة من المنزل، وخلى بينه وبين المشتري فقد تم القبض فيما عدا تلك الغرفة.

وقد ذكر الشافعية أن في معنى الأرض الشجر الثابت، والثمرة المبيعة على الشجر قبل أوان الجذاذ.

وإن كان المبيع من المنقولات فالمذهب والمشهور أنه لا يكفي فيه التخلية، بل يشترط النقل والتحريك، وفي قول رواه حرملة: يكفي، وفي وجه: يكفي لنقل الضمان إلى المشتري، ولا يكفي لجواز تصرفه. ثمَّ رجح النووي أنه لا يكفي استعمال الدابة، وركوبها بلا نقل[1].

وإذا كان المبيع في موضع لا يختص بالبائع كموات ومسجد، وشارع، أو في موضع يختص بالمشتري فالتحويل إلى مكان منه كاف.

وإن كان في بقعة مخصوصة بالبائع فالنقل من زاوية منه إلى زاوية، أو من غرفة من داره إلى غرفة أخرى بغير إذن البائع لا يكفي لجواز التصرُّف، ويكفي لدخوله في ضمانه، وإن نقل بإذنه حصل القبض، وكأنه استعار ما نقل إليه.

---

(١) الروضة (٣/ ٥١٥)، والغاية القصوى (١/ ٤٨٣)، والمجموع (٩/ ٢٧٥ ـ ٢٨٢).

ولو اشترى الدار مع أمتعة فيها صفقة واحدة فخلى البائع بينها وبينه حصل القبض في الدار، وأما الأمتعة ففيها وجهان: أصحهما: يشترط نقلها كما لو أفردت، والثَّاني يحصل فيها القبض تبعاً، وبه قطع الماوردي وزاد فقال: لو اشترى صبرة ولم ينقلها حتى اشترى الأرض التي عليها الصبرة وخلى البائع بينه وبينها حصل القبض في الصبرة أيضاً.

ولو جاء البائع بالمبيع فقال المشتري: ضعه فوضعه بين يديه حصل القبض، وإن وضعه بين يديه ولم يقل المشتري شيئاً، أو قال: لا أريده فوجهان: أحدهما يحصل به القبض، كما لا يحصل الإيداع، وأصحهما: يحصل، لوجوب التسليم، كما لو وضع الغاصب المغصوب بين يدي المالك يبرأ من الضمان، فعلى هذا للمشتري التصرُّف فيه، ولو تلف فمن ضمانه.

ولو وضع المديون الدين بين يدي مستحقه ففي حصول التسليم خلاف مرتب على المبيع، بل هو أولى بعدم الحصول، لعدم تعين الدين فيه.

ولو دفع المشتري ظرفاً إلى البائع وقال: اجعل المبيع فيه ففعل لا يحصل التسليم، إذ لم يوجد من المشتري قبض، والظرف غير مضمون على البائع؛ لأنه استعمله في ملك المشتري بإذنه، وفي مثله في السلم يكون الظرف مضموناً على المسلم إليه؛ لأنه استعمله في ملك نفسه، ولو قال للبائع: أعرني ظرفك، واجعل المبيع فيه ففعل لا يصير المشتري قابضاً.

النَّوع الثَّاني: ما يعتبر فيه تقدير بأن اشترى ثوباً، أو أرضاً مذارعة أو متاعاً موازنة، أو صبرة مكايلة، أو معدوداً بالعدد فلا يكفي للقبض ما سبق في النوع الأوَّل، بل لا بد مع ذلك من الذرع، أو الوزن، أو الكيل، أو العدّ.

وكذا لو أسلم في أصع طعام، أو أرطال منه يشترط في قبضه الكيل والوزن.

ولو قبض جزافاً ما اشتراه مكايلة دخل المقبوض في ضمانه، وأما تصرفه فيه بالبيع ونحوه فإن باع الجميع لم يصح؛ لأنه قد يزيد على

المستحق، أما لو باع ما تيقن أنه له ففيه خلاف رجح جمهور الشافعية عدم صحته.

وإذا باع ما اشتراه كيلاً بالوزن، أو وزناً بالكيل فهو كقبضه جزافاً[1].

الخلاصة:

إن الشافعية أيضاً متفقون مع غيرهم في أن المرجع في القبض إلى العرف ولكنهم مع ذلك وضعوا هذه الضوابط التي كانت محكومة بأعراف زمانهم، يقول الشيرازي: (إن القبض ورد به الشرع وأطلقه، فحمل على العرف، والعرف فيما ينقل النقل، وفيما لا ينقل التخلية)[2]، ولكن النووي عقب عليه بأن قبض الدراهم والدنانير (النقود)، والمنديل والثوب والإناء الخفيف والكتاب ونحوها فقبضه بالتناول بلا خلاف بين الشافعية[3].

وذكر ابن قدامة أن قبض كل شيء في المذهب الحنبلي بحسبه، فإن كان مكيلاً أو موزوناً وقد بيع كيلاً أو وزناً فقبضه بكيله ووزنه، وإن كان المبيع دراهم، أو دنانير فقبضها باليد، وإن كان ثياباً فقبضها نقلها وإن كان حيواناً فقبضه تمشيته من مكانه، وإن كان مما لا ينقل ويحول فقبضه بالتخلية بينه وبين المشتري بدون حائل.

وقد علل ابن قدامة لذلك (بأن القبض مطلق في الشرع فيجب الرجوع فيه إلى العرف كالإحراز والتفرق، والعادة في قبض هذه الأشياء ما ذكرنا)[4].

ونرى مثل هذا التعليل، والرجوع إلى العرف في أغلب الكتب الفقهية ـ إن لم يكن في جميعها ـ مما يدل على أن مسائل القبض محكمة بالعرف،

---

(١) الروضة (٣/ ٥١٤ ـ ٥١٨)، والمصادر السابقة.

(٢) المهذب مع المجموع (٩/ ٢٧٥).

(٣) المصدر السابق (٩/ ٢٧٦).

(٤) المغني (٤/ ١٢٥ ـ ١٢٦).

وحينئذ يمكن حمل كثير من التفصيلات الفقهية على أعراف أزمنة الفقهاء وعوائدها[1].

القبض الحقيقي والقبض الحكمي:

يظهر مما أوردناه من نصوص الفقهاء أنه يمكن تقسيم القبض إلى القبض الحقيقي والقبض الحكمي، غير أنه يمكن أن يثور التساؤل حول ما يتم به القبض على سبيل الحقيقة؟ أو بعبارة أخرى: ما هو القبض الحقيقي؟ هل هو التناول باليد، أم هو تسليم المعقود عليه بشكل ينتفي معه الخروج من الضمان؟.

فإذا أردنا الأوَّل فواضح حيث يكون ما عدا المناولة باليد قبضاً حكمياً، لكن إذا أردنا به المعنى الثَّاني حينئذ يدخل بعض أنواع التخلية قبضاً حقيقياً أو كما سماه الكاساني: قبضاً تامًّا، حيث ذكر جملة من أنواع التخلية وسماها قبضاً تامًّا؛ أي: ترتب عليه جميع الأحكام المترتبة على العقد بالكامل ـ كما سبق آنفاً ـ[2].

وعلى ضوء التفسير الأوَّل للقبض الحقيقي ـ أي: الحسي ـ يدخل في القبض الحكمي ما سوى المناولة باليد، وحينئذ يشمل القبض الحكمي الحالات الآتية وهي:

١ ـ التخلية بشروطها مع التمكين، حيث اعتبرها الحنفية بمثابة القبض الحقيقي في ترتب الآثار عليها، ولو لم يقبضها الطَّرف الآخر حقيقية، وذكرنا صورها آنفاً.

٢ ـ إتلاف المعقود عليه من قبل المشتري ـ سواء كان بنفسه أو بأمره ـ قبل استلامه الفعلي، وتعيينه، حيث لو أتلف ـ مثلاً ـ المبيع، أو عيبه صار

---

(١) المصادر الفقهية السابقة جميعها.

(٢) بدائع الصنائع (٧/ ٣٢٥٠)، ويراجع في تفصيل ذلك: د. نزيه حماد: بحثه السابق.

قابضاً له، ولذلك يتقرر عليه الثمن وكذلك لو أمر المشتري البائع بإتلافه، وفعل تنفيذاً لرغبته»... فإن كان المبيع في يد البائع فأتلفه المشتري صار قابضاً له؛ لأنه صار قابضاً بالتخلية، فبالإتلاف أولى؛ لأن التخلية تمكين من التصرُّف في المبيع، والإتلاف تصرف فيه حقيقة، والتمكين من التصرُّف دون حقيقة التصرُّف...، وكذلك كل تصرف نقص شيئاً؛ لأن هذه الأفعال في الدلالة على التمكين فوق التخلية، تم بالتخلية صار قابضاً فيها أولى[1]، ويقول النووي: (أن يتلفه المشتري فهو قبض منه على الصحيح؛ لأنه أتلف ملكه فصار كما لو أتلف المالك المغصوب في يد الغاصب يبرأ الغاصب، ويصير المالك مستردّاً بالإتلاف، وفي وجه إتلافه ليس بقبض لكن عليه القيمة للبائع ويسترد الثمن)[2].

٣ ـ قيام المشتري ـ مثلاً ـ ببعض التصرُّفات في المعقود عليه قبل استلامه الفعلي مثل أن يودعه عند أجنبي، أو يعيره، وطلب من البائع تسليمه إليه يصير قابضاً، وكذلك لو حتى أجنبي على المبيع فاختار المشتري اتباع الجاني بالضمان كان اختياره بمنزلة القبض عند أبي يوسف، وعند محمد لا يكون، وكذلك لو استبدل المشتري الضمان ليأخذ مكانه من الجاني شيئاً آخر جاز عند أبي يوسف، وعند محمد لا يجوز؛ لأن هذا تصرف في المعقود عليه قبل القبض؛ لأن القيمة قائمة مقام العين المستهلكة، والتصرُّف في المعقود عليه قبل القبض لا يجوز لا من البائع ولا من غيره[3].

٤ ـ أن يتصرف البائع في المبيع شيئاً بإذن المشتري، حيث يكون فعله بأمر المشتري بمنزلة فعل المشتري بنفسه إذا كان ذلك ينقص المبيع، فيصير قابضاً، أما إذا كان لا ينقصه كالغسل بأجر أو بغير أجر فلا يصير قابضاً،

---

(١) بدائع الصنائع (٧/ ٣٢٥٣).
(٢) روضة الطالبين (٣/ ٥٠٠)، والمجموع (٩/ ٢٨١)، ومثله في المغني (٤/ ١٢٣).
(٣) بدائع الصنائع (٧/ ٣٢٥٤)، والروضة (٣/ ٥٠٤).

لكن لو طحنه بأمر المشتري صار قابضاً؛ لأن الطحن بمنزلة الكيل في مثله[1].

٥ ـ القبض السابق على البيع، بأن يكون المبيع عند المشتري أثناء العقد، حيث نجد فيه تفصيلاً عند الحنفية، بقول الكاساني الحنفي موضحاً: فأما إذا كان في يد المشتري فهل يصير قابضاً للبيع بنفس العقد أم يحتاج فيه إلى تجديد القبض؟ فالأصل فيه أن الموجود وقت العقد إن كان مثل المستحق بالعقد ينوب منابه وإن كان له يكن مثله فإن كان أقوى من المستحق ناب عنه وإن كان دونه لا ينوب؛ لأنه إذا كان مثله أمكن تحقيق التناوب لأن المتماثلين غيران ينوب كل واحد منهما مناب صاحبه ويسد مسده وإن كان أقوى منه يوحد فيه المستحق وزيادة وإن كان دونه لا يوجد فيه إلَّا بعض المستحق فلا ينوب عن كله وبيان ذلك في مسائل وجملة الكلام فيها أن يد المشتري قبل الشراء إما أن تكون يد ضمان وإما أن تكون يد أمانة، فإن كانت يد ضمان، فإما أن تكون يد ضمان بنفسه وإما أن تكون يد ضمان بغيره:

١ ـ فإن كانت يد ضمان بنفسه كيد الغاصب يصير المشتري قابضاً للمبيع بنفس العقد ولا يحتاج إلى تجديد القبض سواء كان المبيع حاضراً أو غائباً؛ لأن المغصوب مضمون بنفسه والمبيع بعد القبض مضمون فتجانس القبضان فناب أحدهما عن الآخر؛ لأن التجانس يقتضي التشابه والمتشابهات ينوب كل واحد منهما مناب صاحبه ويسد مسده سواء كان المبيع حاضراً أو غائباً؛ لأن الغاصب في الحالين يد ضمان.

٢ ـ وإن كانت يده يد ضمان لغيره كيد الرهن بأن باع الراهن المرهون من المرتهن فإنه لا يصير قابضاً، إلَّا أن يكون الرهن حاضراً أو يذهب إلى حيث الرهن ويتمكن من قبضه؛ لأن المرهون ليس بمضمون بنفسه بل بغيره

---

(١) بدائع الصنائع (٧/ ٣٢٥٥)، والمصادر السابقة.

وهو الدين والمبيع مضمون بنفسه فلم يتجانس القبضان فلم يتشابها فلا ينوب أحدهما عن الآخر، ولأن الرهن أمانة في الحقيقة فكان قبضه قبض أمانة، وإنما يسقط الدين بهلاكه لمعنى آخر لكونه مضموناً على ما عرف وإذا كان أمانة فقبض الأمانة لا ينوب عن قبض الضمان كقبض العارية والوديعة.

٣ ـ وإن كانت يد المشتري يد المشتري يد أمانة كيد الوديعة والعارية لا يصير قابضاً إلَّا أن يكون بحضرته أو يذهب إلى حيث يتمكن من قبضه بالتخلي؛ لأن يد الأمانة ليست من جنس يد الضمان ولا يتناوبان[١].

وأما المالكية والحنابلة فقد نصوا على أن القبض السابق يحل محل القبض المستحق بالعقد مطلقاً دون النظر إلى التفصيلات التي ذكرها الحنفية حول كون اليد يد ضمان أم يد أمانة، وكذلك لم يشترطوا الإذن من صاحبه، ولا مضي زمان يتأتى فيه القبض[٢]، وكذلك الحكم عند الشافعية مع تفصيل في المبيع الغائب.

جاء في المجموع: (وقال المتولي: لو باع شيئاً هو في يد المشتري قبل الشراء فإن كان في يد ضمان كغصب، أو عارية، أو سوم صار بمجرد الشراء مقبوضاً له؛ لأن البيع جهة ضمان أيضاً فيسقط ضمان القيمة، ويحصل ضمان المشتري وإن كان في يده بجهة أمانة كوديعة، أو وكالة أو شركة، أو قراض صار بمجرد البيع مقبوضاً ولا يحتاج إلى إذن في القبض، وهل يشترط مضي زمان يتأتى فيه القبض إذا كان المبيع غائباً عن مجلس العقد؟ فيه وجهان. . . قال: ولنا وجه ضعيف أنّ من اشترى شيئاً في يده لا يصح قبضه إياه قبل أداء الثمن إلَّا بإذن البائع)[٣]، غير أنهم اختلفوا في باب الرهن، فلو أودع عند رجل مالاً، ثمَّ رهنه عنده قال النووي: (فظاهر نصه ـ أي: الشافعي ـ أنه

---

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: الجزء (٧) (ص٣٢٥٧ ـ ٣٢٥٨).
(٢) شرح ميارة على التحفة (١/ ١١١)، وكشاف القناع (٣/ ٢٤٩).
(٣) المجموع (٩/ ٢٨١).

لا بد من إذن جديد في القبض، ولو وهبه له، فظاهر نصه حصول القبض بلا إذن في القبض، وللأصحاب طرق أصحها: فيها قولان، أظهرهما: إشتراط الإذن فيهما...)، ثمَّ ذكر: (إذا باع المالك الوديعة، أو العارية ممن في يده، فهل يعتبر زمان إمكان القبض بجواز التصرُّف وإنتقال الضمان؟ وجهان: أصحها نعم)[1].

والذي يظهر رجحانه هو أن القبض السابق قبض مطلقاً ـ كما هو رأي الجمهور ـ وذلك لأن الغرض الأساسي من القبض أن يصل المعقود عليه إلى مستحقه ولا دليل على أن يكون ذلك بعد العقد، إذ لا شكلية في الفقه الإسلامي، كما أنه لا دليل على اشتراط كون القبضين متماثلين ـ مما ذكره الحنفية ـ إذ المدار على إثبات اليد وهو ثابت بأي نوع من أنواع إثبات اليد سواء كان يد أم لا.

كما أن اشتراط الإذن ـ بعد القبض السابق ـ تحصيل للحاصل، إذ أن إقراره له في يده بمنزلة إذنه في قبضه، بالإضافة إلى أن إنشاءه عقداً جديداً معه مع كون المعقود عليه في يده دليل على رضاه فاستغنى عن الإذن المشترط في الابتداء، إذ أن القاعدة الفقهية تقضي بأنه يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء[2].

واما اشتراط مضي زمان ـ كما هو رأي بعض الشافعية ـ فيعتبر أمراً شكلياً بحتاً، إذ أن مضيه لا يزيد من حقيقة القبض شيئاً.

٦ ـ التقابض في الذمة سواء أكان في الذمة من الطَّرفين، أو من طرف واحد وهذا يشمل عدَّة حالات منها:

---

(١) الروضة (٤/ ٦٦، ٦٨).

(٢) المصادر السابقة، وبحث د. نزيه القيم (ص١٨)، ويراجع للقاعدة السابقة: المنثور في القواعد للزمخشري، ط أوقاف الكويت (٣/ ٤٧٤).

(أ) **دين بعين**، وهو أن يدفع المدين بنوع من النقود ـ كالدراهم ـ نوعاً آخر ـ أي: الدنانير ـ بدل دينه، وهذه العملية في الواقع صرف وهو يشترط فيه القبض من الطَّرفين في المجلس، وذلك بأن يرد إليه الدراهم أولاً، ثمَّ يرجع الدراهم إليه ليأخذ منه الدنانير، ولكن الشريعة تنظر إلى النتيجة، لذلك أجازت دفع الدنانير بدل الدراهم في المجلس دون النظر إلى هذه الشكلية الطويلة.

يقول الإمام السبكي: (... دين بعين كما إذا كان عليه دينار فقال: بعتك الدينار الذي عليك بهذه العشرة دراهم فيجوز أيضاً بشرط أن يكون ذلك الدين مما يجوز الاستبدال عنه...، فجواز أخذ الدراهم عن الدنانير، والدنانير عن الدراهم الثابتة في الذمة حكى عن عمر، وابنه، والحسن والحكم وحماد وطاوس والزهري والقاسم بن محمد، وقتادة، وإبراهيم، وعطاء... وهو مذهب الثوري، والأوزاعي، وإسحاق، وعبد الله بن الحسن، وأبي نور، وروي كراهة ذلك عن ابن مسعود، وابن عباس، وأبي عبيدة بن عبد الله بن مسعود، وأبي سلمة، وأبي بن عبد الرحمن، وسعيد بن المسيب، وابن شبرمة وهو أحد قولي الشافعي[1]، وبجوازه قال أبو حنيفة، ومالك وأحمد[2].

ويقول ابن قدامة: (ويجوز اقتضاء أحد النقدين من الآخر ويكون صرفاً بعين وذمة في قول أكثر أهل العلم)[3]، وقال أيضاً: (فإن كان المقضي الذي في الذمة مؤجلاً عقد توقف فيه، وقال القاضي: يحتمل وجهين:

أحدهما: المنع وهو قول مالك ومشهور قول الشافعي؛ لأن ما في الذمة لا يستحق قبضه فكان القبض ناجزاً في أحدهما، والناجز يأخذ قسطاً

---

(١) تكملة المجموع للسبكي، ط شركة كبار العلماء (١٠/ ١٠٨).
(٢) يراجع: تحفة الفقهاء (٢/ ٣٧)، وبداية المجتهد (٢/ ٢٠٠)، والمغني (٤/ ٥٤).
(٣) المغني (٤/ ٥٤).

من الثمن، والآخر: الجواز وهو قول أبي حنيفة لأنه ثابت في الذمة بمنزلة المقبوض فكان رضى بالتعجيل)[١]، ثمَّ قال ابن قدامة: (والصحيح الجواز إذا قضاه بسعر يومها، ولم يجعل للمقضي فضلاً لأجل التأجيل...)؛ لأن النبي لم يستفصل ابن عمر حين سأله، ولو كان الحكم يختلف لسأل واستفصل؛ لأن البيان في وقت الحاجة واجب[٢].

لكن ابن قدامة نقل عن أحمد عدَّة مسائل في هذا الباب، منها: أنه قال: ولو كان لرجل على رجل عشرة دراهم فدفع إليه ديناراً فقال: استوف حقك منه فاستوفاه بعد يومين جاز[٣]، ومنها: ما إذا كان لرجل على رجل دنانير فقضاه دراهم شيئاً بعد شيء، حيث قال أحمد: يصح إذا كان يعطيه كل درهم بحسابه من الدينار[٤]، وكذلك إذا أعطاه الدراهم شيئاً بعد شيء ولم يقضه ذلك وقت دفعها إليه، ثمَّ أحضرها وقوّماها فإنه يحتسب بقيمتها يوم القضاء لا يوم دفعها إليه[٥].

ولم يخالف في مسألتنا إلَّا ما نقل عن ابن عباس، وأبي بن عبد الرحمٰن وابن شبرمة، وابن مسعود[٦]، غير أن السبكي نقل عن هؤلاء القول بكراهته وليس بالمنع[٧]. وأيا ما كان فالحديث المشهور عن ابن عمر يدل على جواز ذلك بوضوح، حيث يقول ابن عمر: (كنت أبيع الإبل بالبقيع ـ وبالباء معروف وبالنون سوق المدينة ـ فأتيت رسول الله ﷺ وهو في بيت حفصة،

(١) المغني (٤/ ٥٣).
(٢) المصدر السابق.
(٣) المغني (٤/ ٥٦).
(٤) المغني (٤/ ٥٤)، وذكر «... أما إن لم يفعل ذلك، ثمَّ تحاسبا بعد ذلك فصارف بها وقت المحاسبة لم يجز، نص عليه أيضاً».
(٥) المغني (٤/ ٥٤)، ونظرية العقد، ط دار المعرفة (ص٢٣٤).
(٦) المغني (٤/ ٥٤).
(٧) تكملة المجموع (١٠/ ١٠٩).

فقلت: يا رسول الله رويدك أسألك أني أبيع الإبل بالبقيع فأبيع بالدنانير وآخذ الدراهم، وأبيع بالدراهم وآخذ الدنانير، آخذ هذه عن هذه، وأعطي هذه عن هذه، فقال رسول الله ﷺ: «**لا بأس من أن تأخذ بسعر يومها ما لم يتفرقا وبينهما شيء**»[1]، والحديث هذا ـ كما قال السبكي ـ إن لم يكن صحيحاً فلا أقل من أن يكون حسناً فينهض حجة، وقال أيضاً: (كلام ابن عمر محتمل؛ لأن يكون يعتاض عن الدنانير دراهم معينة ويحتمل أن يعتاض عنها دراهم غير معينة، . . . ولا فرق في جواز الاستبدال بين أن يكون بعد تسليم المبيع أو قبله)[2]، ويقول الشوكاني: دل الحديث على أن ما في الذمة كالحاضر[3].

(ب) **ما في الذمة بما في الذمة**، فيتمّ التقابض الحكمي، وذلك بأن تكون ذمة كل واحد من المتعاقدين مشغولة بمبلغ من النقود، وهذا يحتمل حالتين هما:

١ ـ المقاصة: وذلك بأن يكون ما في ذمة أحدهما مثل ما في ذمة الآخر في الجنس والصفة والقدر ووقت الأداء، ثمَّ أبرأ كل واحد منهما الآخر برءت ذمتهما من غير حاجة إلى تقابض فعلي بينهما وسقط الدينان،

---

(١) رواه أحمد في سنده (٢/ ٨٢، ١٠٤)، وأبو داود في سننه ـ مع شرح عون المعبود كتاب البيع (٩/ ٢٠٣)، وابن ماجه بدون (سعر يومها) (٢/ ٧٦٠)، والدارمي (٢/ ١٧٤)، والنسائي، البيوع (٦/ ٢٨٢)، وافقه ابن معين، وقال أبو حاتم: (صدوق روى له مسلم، وقد ضعف هذا الحديث بسبب تفرد سماك بن حرب به، وهو مختلف فيه لكنه صدوق وروايته عن عكرمة خاصة مضطربة) كما في التقريب (١/ ١٣٢)، وميزان الاعتدال (٢/ ٢٣٢)، ورواه الحاكم في المستدرك (٢/ ٤٤)، وقال: صحيح على شرط مسلم، وافقه الذهبي في تلخيصه عليه، ورواه الدارقطني (٣/ ٢٤).

(٢) تكملة المجموع (١٠/ ١١٠، ١١٢).

(٣) نيل الأوطار، ط الكليات الأزهرية (٦/ ٢٩٤)، والمغني (٤/ ٥٣).

وإذا كان الخلاف في المقدار فقط بأن كان دين أحدهما عشرين ديناراً ودين الآخر عشرة ثمَّ أبرأ كل واحد منهما الآخر بقدر الدين وقعت المقاصة في العذر المشترك، ويبقى على الآخر عشرة دنانير ـ مثلاً ـ[1].

٢ ـ تطارح الدينين ـ كما سماه السبكي ـ[2]، وذلك بأن يكون الخلاف بين الدينين في الجنس كأن يكون على أحدهما دراهم، وعلى الآخر دنانير، ثمَّ اصطرفا في الذمة، سقط الدينان، وبرأت ذمتهما، لوجود هذا التقابض الحكمي في الذمة. وهذه المسألة خلافية حيث: ذهب إلى عدم جوازها الشافعي وأحمد، والليث[3]، وذهب مالك إلى أن ذلك إنما يجوز إذا كان الدينان قد حلا معاً[4]، وذهب الحنفية إلى جوازه في الدين الحال وغير الحال[5].

ومنشأ الخلاف في هذه المسألة يعود إلى أنها هل تدخل في بيع الدين بالدين أو لا؟.

فالذين قالوا بعدم جوازها اعتبروها من باب بيع الدين بالدين، والإجماع قائم على ذلك قال ابن المنذر: (وأجمعوا على أن بيع الدين بالدين لا يجوز)[6]، بالإضافة إلى الاعتماد على ما روي أن النبي ﷺ: «**نهى عن بيع الكالىء بالكالىء**»[7]، لكن هذا الحديث ضعيف لا ينهض

---

(١) مرشد الحيران، المادة (٢٢٤، ٢٢٥، ٢٢٦، ٢٣٠، ٢٣١)، وتكملة المجموع (١٠/ ١٠٦)، وأعلام الموقعين (٢/ ٨) ط الكليات الأزهرية.

(٢) تكملة المجموع للسبكي (١٠/ ١٠٧).

(٣) تكملة المجموع للسبكي (١٠/ ١٠٧)، والمغني لابن قدامة (٤/ ٥٣).

(٤) بداية المجتهد (٢/ ٢٠٠).

(٥) تحفة الفقهاء للسمرقندي (٣/ ٣٧ ـ ٣٨).

(٦) الإجماع، ط المحاكم الشرعية بدولة قطر (ص٩٢) ١٤٠٧هـ.

(٧) قال الهيثمي في مجمع الزوائد (٤/ ٨٠ ـ ٨١): (رواه البزار، وفيه موسى بن عبيدة وهو ضعيف)، ويراجع: تقريب التهذيب، ط دار المعرفة (٢/ ٢٨٦).

حجة، وقال ابن المنذر: (إن إسناده لا يثبت، ونقل عن أحمد أنه سئل: أيصح في هذا حديث؟ قال: لا)[1].

وأما الإجماع فلا يمكن التمسك في مسألتنا هذه لوجود الخلاف فيها، فيكون في غيرها؛ أي: يحمل على أن يكون للرجل على الرجل دين فيجعله عليه في دين آخر مخالف له في الصفة، أو القدر فهذا هو الذي وقع الإجماع على امتناعه، وهو في الحقيقة بيع دين بما يصير ديناً[2].

وأما الذين أجازوها فلم يعتبروها من باب الدين، وإنما اعتبروا ما في الذمة الحاضرة كالعين الحاضرة[3]، وحينئذ فقد تم التقابض الحكمي الذي هو بمثابة التقابض الحسي، وهذا هو الراجح الذي يدعمه الدليل، وذلك لأن أدلة الفريق الأوَّل لم تنهض حجة ـ كما رأينا ـ في حين أن أدلة الرأي الثَّاني واضحة، يقول ابن قدامة: (... لأن الذمة الحاضرة كالعين الحاضرة ولذلك جاز أن يشتري الدراهم بدنانير من غير تعيين)[4].

وأما الإمام مالك في اشتراطه الحلول فقد نظر ـ كما يقول ابن رشد ـ إلى أن حلول الأجلين في ذلك يقوم مقام الناجز بالناجز، وبذلك تفادى في نظره كون هذه المسألة من مسائل بيع الدين بالدين[5].

وقد رجح شيخ الإسلام ابن تيمية الرأي القائل بجواز هذا التقابض والعقد مطلقاً، حيث قال: (وهذا أظهر؛ لأن قد برئت ذمة كل منهما من غير مفسدة، ولفظ النهي عن بيع الدين بالدين لم يروَ عن النبي ﷺ لا بإسناد صحيح ولا ضعيف، وإنما في حديث منقطع أنه نهىٰ عن بيع الكالىء

---

(١) تكملة المجموع (١٠/ ١٠٧، ١٠٨)، والمغني (٤/ ٥٤).
(٢) المصدر السابق.
(٣) المغني لابن قدامة (٤/ ٥٣).
(٤) المصدر السابق.
(٥) بداية المجتهد (٢/ ٢٠٠).

بالكالىء. . .)، وهذا مثل أن يسلف إليه شيئاً مؤجلاً في شيء مؤجل، فهذا الذي لا يجوز بالإجماع. . . فهذه الصورة ـ أي: التي نحن بصددها ـ وهي بيع ما هو ثابت في الذمة ليسقط بما هو ثابت في الذمة ليس في تحريمه نص ولا إجماع، ولا قياس فإن كلًّا منهما اشترى ما في ذمته، وهو مقبوض له بما في ذمة الآخر، فهو كما لو كان لكل منهما وديعة عند الآخر، فاشتراها بوديعته عند الآخر، وهذا أولى بالجواز من شراء ما في ذمة الغير».

ثمَّ أوضح الفرق بين مسألتنا هذه، ومسألة بيع الدين بالدين فقال: (ولهذا كان الجواز في هذا خلاف مفسدة بيع الدين بالدين، فإن ذاك منع منه لئلا تبقى ذمة كل منهما مشغولة بغير فائدة حصلت لا له ولا للآخر، والمقصود من العقود: القبض، فهو عقد لم يحصل به مقصود أصلاً، بل هو التزام بلا فائدة، وهنا حصلت بالبيع براءة كل منهما، وهي ضد ما يحصل ببيع الدين بالدين)[1].

وأما ابن القيم فقد نفى أن يكون في بيع الدين بالدين نص عام أو إجماع، وإنما ورد النهي عن بيع الكالىء بالكالىء، والكالىء هو المؤخر الذي لم يقبض، كما لو أسلم شيئاً في شيء في الذمة وكلاهما متأخر فهذا لا يجوز بالاتفاق، ثمَّ رجح ما رجحه شيخه[2].

(ج) **بيع الواجب بالسَّاقط**، وقد شرحه ابن القيم بقوله: (وأما بيع الواجب بالساقط فكما لو أسلم إليه في كر ـ مكيال ـ حنطة بعشرة دراهم في ذمته فقد وجب له عليه دين، وسقط له عنه دين غيره)، ثمَّ قال: (وقد حكى الإجماع على امتناع هذا، ولا إجماع فيه، قاله شيخنا ـ أي: ابن تيمية ـ واختار جوازه، وهو الصواب إذ لا محذور فيه، وليس بيع كالىء بكالىء، فيتناوله النهي بلفظه، ولا في معناه فيتناوله بعموم المعنى، فإن المنهي عنه

---

(١) نظرية العقد، ط المعرفة (ص٢٣٥).
(٢) أعلام الموقعين، ط الكليات الأزهرية (٢/ ٨، ٩).

قد اشتغلت فيه الذمتان بغير فائدة)، لكن مسألتنا هذه تبرأ منها ذمة الطَّرفين وتنتفع[1].

فعلى ضوء ذلك إذا كان لشخص مبلغ من المال في ذمة آخر فجعله سلماً في طعام أو نحوه إلى أجل معلوم فإن هذا السلم صحيح عند ابن تيمية، وابن القيم مع عدم تحقق القبض الحقيقي للثمن الذي اتفق الفقهاء على اشتراط تسليمه في المجلس عند الجمهور، أو في حدود ثلاثة أيام عند المالكية[2]، ومع ذلك اعتبر ابن تيمية وابن القيم القبض الحكمي فيه بمثابة القبض الحقيقي، حيث اعتبر ما في ذمته حاضراً استلمته بعد عقد السلم مباشرة، وذلك لأن الغرض الأساسي من القبض قد تحقق، والشريعة لا تنظر في مثل هذه الأمور إلى الشكليات العقيمة.

(د) **رهن الدين وقبضه**: وذلك كما شرحه القاضي ابن العربي حيث قال: (كما يجوز رهن العين كذلك يجوز رهن الدين وذلك عندنا إذا تعامل رجلان، لأحدهما على الآخر دين فرهنه دينه الذي له عليه وكان قبضه قبضاً، وقال غيرنا من العلماء ألا يكون قبضاً)[3].

(هـ) **قبض المهر المؤخر**: وهذا ما أجازه القاضي ابن العربي حيث قال: (وكذلك إذا وهبت المرأة طالقها ـ أي: مهرها المؤجل ـ لزوجها جاز، ويكون قبوله قبضاً وخالفنا فيه أيضاً غيرنا من العلماء، وما قلناه أصح لأن الذي في الذمة أكد قبضاً من المعين، وهذا لا يخفى)[4].

---

(١) أعلام الموقعين، ط شقرون بالقاهرة (٢/ ٩).
(٢) حاشية ابن عابدين (٤/ ٢٠٨)، والغاية القصوى (١/ ٤٩٧)، والمغني لابن قدامة (٤/ ٣٢٨)، وشرح القرشي (٥/ ٢٠٣)، وبلغة السالك (٢/ ٥٣٨).
(٣) أحكام القرآن، ط دار المعرفة، بيروت (١/ ٢٦١).
(٤) أحكام القرآن (١/ ٥٦٣).

صور القبض المعاصرة

قبل أن نخوض في تفصيلات هذه الصور المعاصرة للقبض يمكننا أن نضع لها ضابطة وهي أن مبنى القبض وأساس مسائله وصوره قائم على العرف، حيث أن الشرع أطلقه فيكون الرجوع فيه إلى العرف، ومن هنا فكل ما عدّه العرف قبضاً في أي عصر من العصور فهو قبض، ما دام لا يصطدم مع نص شرعي ثابت صريح، وكذلك لا يجب الالتزام بجزئيات القبض وصوره في عصر ما بالنسبة للعصر الذي يليه ما دام العرف قد تغير، لأن ما هو مبني على العرف يتغير بتغيره يقول العلامة ابن القيم: (... فمهما تجدد في العرف فاعتبره، ومهما سقط فألغه، ولا تجمد على المنقول في الكتب طول عمرك، بل إذا جاءك رجل من غير إقليمك يستفتيك فلا تجره على عرف بلدك، وسله عن عرف بلده فأجره عليه، وأفته به دون عرف بلدك، والمذكور في كتبك)، ثمَّ نقل عن المحققين من العلماء قولهم: (فهذا هو الحق الواضح، والجمود على المنقولات أبداً ضلال في الدين، وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين... وما جرت به العادة... واشتهر ذلك عند الناس بحيث صار عرفاً متبادراً إلى الذهن من غير قرينة... حمل عليه... ومن أفتى الناس بمجرد المنقول في الكتب على اختلاف عرفهم وعوائدهم وأزمنتهم وأحوالهم وقرائن أحوالهم فقد ضل وأضل، وكانت جنايته على الدين أعظم من جناية من طبّب الناس كلهم على اختلاف بلادهم وعوائدهم وأزمنتهم وطبائعهم بما في كتاب من كتب الطب على أبدانهم، بل هذا الطبيب الجاهل، وهذا المفتي الجاهل أضرُ على أديان الناس وأبدانهم والله المستعان)[1].

وقد أكَّد على مثل ذلك العلامة ابن عابدين في رسالته القيمة فقال:

(١) نقلت ذلك مع طوله لأهميته ولا سيما في موضوعنا هنا. أعلام الموقعين عن ربّ العالمين، ط عبد السَّلام شقرون بالقاهرة (٣/ ٧٨).

(أعلم أن اعتبار العادة والعرف رجع إليه في مسائل كثيرة حتى جعلوا ذلك أصلاً، فقالوا: تترك الحقيقة بدلالة الاستعمال والعادة...، وقال في القنية: (ليس للمفتي ولا للقاضي أن يحكما على ظاهر المذهب ويتركا العرف)، بل ذكر أن النص المبني على اعتبار عرف ما مثل النصوص الواردة في اعتبار الحنطة والشعير ونحوهما من المكيلات لا يدل على عدم جواز بيعها بالوزن إذا تغير العرف وأصبحت تباع بالوزن أيضاً، فالنص في ذلك الوقت إنما كان للعادة...، فإذا تغيرت العادة تغير الحكم ـ أي: هذا الحكم الجزئي ـ فليس في اعتبار العادة المتغيرة الحادثة مخالفة للنص، بل فيه اتباع النص)(١).

وهذه الضابطة تسهل كثيراً من صور القبض المعاصرة ما دامت لا تتعارض مع نصوص الشريعة الثابتة الواضحة.

وعلى ضوء ذلك نقول: إن عملية القبض (التسلم والتسليم) في عصرنا الحاضر ليست جميع صورها حديثة، بل إن كثيراً من صورها لا تزال باقية، مثل قبض العقار سواء كان أرضاً أم بناءً، وكذلك قبض الأشياء التي لا يمكن نقلها دون تغيير في شكلها كالمصانع فهذه الأمور لا يختلف فيها القبض في عصرنا عما كانت عليه في السابق، فيكون قبضها بالتخلية كما قال فقهاؤنا الكرام.

وأما المنقولات فهذه هي يمكن الاختلاف فيها حسب العصور والأزمان، حيث جدّت معاملات حديثة، وتطورت كيفية القبض، ولا سيما في نطاق السلع والنقود (الصرف).

فعلى نطاق السلع الحاضرة أو التي رآها المشتري سابقاً يتم فيها القبض بعد العقد بمجرد التخلية ما عدا الطعام حيث لا يجوز بيعه إلَّا بعد نقله،

---

(١) نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف، ضمن رسائل ابن عابدين، ط الآستانة (٢/ ١١٥ ـ ١١٨).

أو كيله، أو وزنه ـ كما سبق ـ ويعتبر تسليم البضاعة وإدخالها في السفينة، أو الطيارة أو السيارة بعد إرسال (بوليصة الشحن) تخلية وقبضاً.

وأما السلع الغائبة فإما أن يتم العقد فيها بين المستورد والمصدر مباشرة، وذلك بأن يبعث المستورد طلباً بالبضاعة ومواصفاتها المطلوبة، ويوافق عليها المصدر، ثمَّ يبعثها عن طريق البر، أو البحر، أو الجو، ففي هذه الحالة فإن العقد لا يلزم إلَّا بعد وصول البضاعة إلى المشتري ومطابقتها للمواصفات المذكورة في العقد، وحينئذ لا يتم القبض فيها إلَّا بعد وصولها والتأكد من التطابق[1]، ولا يخفى أن رؤية الوكيل البضاعة مثل رؤية الموكل، ومن المعلوم فقها أن رؤية البعض قد تغني عن رؤية الكل.

وقد يتم العقد عن طريق البنوك من خلال الاعتمادات المستندية (CREDIT).

وهي تعني توفير الضمان للبائع ليحصل على بضاعته، وللمشتري ليحصل على البضاعة التي تعاقد على شرائها، حيث يتعهد البنك فاتح الاعتماد بناء على طلب عميله وتعليماته: بأن يدفع لأمر المستفيد (البائع) مبلغاً معيناً من المال في غضون مدة محدودة، مقابل قيام المستفيد بإرسال البضاعة (موضوع البيع) أو نحوها، وتسليم مستندات معينة مطابقة للشروط المبنية في خطاب الاعتماد[2].

---

(١) يراجع أحكام البيع الغائب: المجموع للنووي (٩/ ٢٨٨ ـ ٣٠٧)، وبدائع الصنائع (٦/ ٣٠٥٣)، والفواكه الدواني (٢/ ١٥٤).

(٢) إدارة الأعمال المصرفية للدكتور زياد رمضان، نشر الجامعة الأردنية ١٩٧٧م (ص١٤٣)، والمصارف الإسلامية لنصر الدين فضل المولى، ط دار العلم بالسعودية (ص١٦٧)، والتجارة الدولية ودور الاعتمادات المستندية، ط جدة ١٤٠٢هـ، (ص١٥)، ود. عبد الله عبد الرحيم: موقف الشريعة من المصارف الإسلامية المعاصرة، ط المكتبة العصرية بصيدا، (ص٢٩٩)، ود. علي السالوس: المعاملات المالية المعاصرة، ط دار الفلاح، الكويت (ص١٢٠).

والاعتماد نوعان: اعتماد استيراد يفتحه المستوردون لصالح المصدرين الأجانب لاستيراد سلع أجنبية، واعتماد تصدير لصالح المصدرين المحليين لسلع محلية.

والاعتماد المستندي إما أن يكون مغطى غطاءً كلياً، حيث يدفع طالب الاعتماد بتغطية مبلغه بالكامل للمصرف حتى يقوم المصرف بتسديد ثمن البضاعة بالكامل لدى وصول المستندات الخاصة بالبضاعة إليه، أما إذا كان مغطى غطاءً جزئيًّا، فحينئذ يدفع المصرف الباقي من ماله الخاص[1].

فالعناصر المشتركة في الاعتماد المستندي هم:

١ ـ المستورد الذي طلب فتح الاعتماد، وتم بينه وبين البنك فاتح الاعتماد عقد تضمن جميع النقاط التي يطلبها المستورد من المصدر.

٢ ـ المصرف الذي فتح الاعتماد للمستورد بعد الموافقة على شروطه.

٣ ـ المصرف الذي يرسل إليه مبلغ الاعتماد، وهو إما أن يقوم بدور الوسيط بين المصرف الفاتح، وبين المصدر دون أي التزام عليه، وإما أن يقوم بتبليغ الاعتماد إلى المستفيد، ويضيف إليه تعزيزه، وحينئذ يكفل دفع القيمة للمصدر بشرط أن تكون هذه المستندات مطابقة لشروط الاعتماد.

٤ ـ المستفيد المصدر.

والذي يهمنا في هذه القضية أن المصرف إذا دخل كوكيل فإن استلامه البضاعة عن طريقه مصحوبة بكافة سندات الشحن يعتبر قبضاً، وهذه الحالة إنما تتم في الغالب حينما يكون الاعتماد المستندي مغطى غطاءً كلياً وكذلك يعتبر استلامه البضاعة ـ مع توفر الشروط ـ قبضا إذا دخل كشريك في الصفقة، وهذا يتم في الغالب عندما يكون الاعتماد المستندي مغطى غطاءً جزئياً.

---

(١) المراجع السابقة.

أما إذا دخل البنك كمرابح (بيع المرابحة) فحينئذٍ يكون قبضه للبضاعة قبضاً للبنك، ولا يتم القبض للعميل إلَّا إذا وصلت البضاعة إلى الميناء المطلوب، ويتم العقد بينهما، ثمَّ يراها، ويخلي بينه وبينها حسب العرف التجاري، وحينئذٍ يتم القبض.

وأما القبض في النقود في عصرنا الحاضر فلا بد أن يتم فيه القبض في المجلس؛ لأن الإجماع على ذلك قائم يقول ابن المنذر: (وأجمعوا: أن المتصارفين إذا تفرقا قبل أن يتقابضا أن الصرف فاسد[1])، وقد ذكرنا أن الجمهور لم يشترطوا الفورية بل قيدوا التقابض بالمجلس سواء طال أم قصر، في حين أن المالكية اشترطوا الفورية، وقد رجحنا مذهب الجمهور.

وإذا كان هذا محل إجماع لا ينبغي أن يمس، فإن العرف يمكن أن يتحكم في بعض صور القبض المعاصرة فيحكم عليها بالقبض ولذلك سنلقي بصيصاً من الضوء على كيفية الصرف في البنوك مع بيان حكم كل نوع منها.

فالبنوك (أو محلات الصرافة) إما أن تتعامل بالنقود مناجزة حالة حيث يدفع العميل النقود التي يريد بيعها، ويأخذ في مقابلها العملة التي يريدها، فهذا لا إشكال فيه ما دام قد تم في مجلس العقد حتى وإن طال المجلس ـ كما سبق ـ.

وإما أن تتعامل معه على هذه الصورة، وحينئذ تكون أمامنا الصور الآتية:

١ ـ يدفع العميل للمصرف الإسلامي مبلغاً من النقود على أن يسجله في حسابه الجاري، أو الاستثماري (المضاربة، أو الشركة) فيقبله المصرف، وبذلك يصبح المصرف مديناً في حالة تسجيله في حسابه الجاري، ومضارباً، أو شريكاً في حالة المضاربة أو المشاركة.

---

(١) الإجماع لابن المنذر، تحقيق د. فؤاد عبد المنعم، ط دار الدعوة (ص٩٢)، ويراجع: تكملة المجموع لابن السبكي (١٠/ ٦٩)، والمغني (٤/ ١٧٧).

٢ ـ يدفع العميل للمصرف مبلغاً من النقود (ريالات) على أن يسجله لحسابه الخاص بالدولار، فيتسلمه المصرف ويجري عملية التحويل مباشرة، ثمَّ يدخل في حسابه الخاص ما يقابله من الدولارات، ويعطيه إيصالاً بذلك.

فهذا أيضاً جائز؛ لأنه من قبيل المصارفة في الذمة التي أجازها جماعة من الفقهاء[1]، ويدل على جوازه حديث ابن عمر الثابت حيث كان على ذمته دراهم، ويدفع دنانير، وبالعكس، فأقره النبي ﷺ بشرط أن يتم ذلك قبل التفرق ـ كما سبق ـ.

وقد أكد ذلك مؤتمر المصرف الإسلامي بدبي، حيث جاء في توصياته: (يرى الاستمرار في المعاملة الخاصة لبيع وشراء العملات، وذلك على الصورة الموضحة في بيان أعمال البنك؛ لأنها من قبيل المصارفة، وتطبق عليها أحكام الصرف المحدودة في فقه الشريعة الإسلامية)[2].

٣ ـ عملية التحويل سواء كانت النقود مباشرة، أو عن طريق الشيكات:

فالأوَّل: مثل أن يدفع العميل مبلغاً من النقود ليحولها المصرف بعملة البلد المحول إليه فيدخله في حساب المحول إليه أو يأخذه، فهذا أيضاً جائز؛ لأن أخذ العميل ورقة التحويل وتثبيت المقدار المحول بمثابة قبض ثمَّ قيام المصرف بتحويله إلى الآخر بمثابة السفتجة[3]، وهي جائزة عند جماعة من الفقهاء[4]، وكذلك يشتمل على المصارفة في

---

(١) المغني لابن قدامة (٤/ ٥٣)، وبداية المجتهد (٢/ ٢٠٠)، وحاشية ابن عابدين (٤/ ٢١٠)، وتكملة المجموع لابن السبكي (١٠/ ٩٨).

(٢) توصيات المؤتمر (ص١٦).

(٣) يقول النووي في تهذيب الأسماء واللغات، ط دار الكتب العلمية ببيروت (١/ ١٤٩) السفتجة: لفظة أعجمية: كتاب يكتبه المستقرض للمقرض إلى نائبه ببلد آخر ليعطيه ما أقرضه.

(٤) يراجع: الأم (٣/ ٣٠)، والمغني (٤/ ٣٥٤) حيث رجح القول بجوازها؛ لأنه مصلحة لهما من غير أن يؤدي إلى الضرر بأحدهما، بالإضافة إلى أن الأصل الإباحة.

الذمة إن حوّل عملة العميل مباشرة إلى العملة التي يريدها، وهي أيضاً جائزة ـ كما سبق ـ.

والثَّاني: وهو عن طريق الشيكات ـ له عدَّة صور منها:

(أ) أن يتقدم العميل بشيك مسحوب على فرع البنك الذي يقوم بتحصيله، وفي هذه الحالة يقوم الفرع بعملية التسوية بين الساحب والمستفيد حيث ينقص من حساب الأوَّل، ويضيف إلى حساب الثَّاني بقيمة الشيك، أو يسلمه القيمة نقداً دون إضافتها في الحساب[١].

وهذا جائز؛ لأن القبض قد تم بصورة صحيحة، حيث تم التسلم والتسليم بين العميل والمصرف.

(ب) أن يتقدم العميل بشيك مسحوب على فرع آخر من فروع البنك، فيقوم هذا الفرع بتسوية علاقة المديونية القائمة بين الساحب والمستفيد بالطريقة السابقة نفسها.

وهذا جائز أيضاً، وذلك لأن الذمة المالية للبنك واحدة في كل فروعه، ومن هنا كان القبض قد تم بصورة مشروعة.

(ج) أن يتقدَّم العميل بشيك مسحوب على بنك آخر، فيقوم البنك بإيداع قيمة الشيك في حساب العميل، ثمَّ يقوم بتحصيل قيمة الشيك من المصرف الآخر في غرفة المقاصة، أو العكس، بحيث يطالبه المصرف الآخر إذا كان الشيك صادراً منه[٢].

وقد كيّف الباحثون المعاصرون عملية تحصيل الشيك على الوكالة حيث يقوم المستفيد بتوكيل المصرف المحصل في قبض الدين الذي حصل له

---

(١) المصارف الإسلامية لنصر الدين (ص١٩٦).

(٢) هذه الصور الثلاث تتعامل بها المصارف الإسلامية، نقلناها عن المصدر السابق. وأسندها إلى التعامل الجاري في مصرف فيصل الإسلامي السوداني، (ص١٩٦ ـ ١٩٨).

بمقتضى الشيك، ومن هنا أجازوا للمصرف أن يأخذ الأجرة بناءً على عقد الوكالة المستقل[1].

وقد يقوم المصرف الذي تعامل معه العميل بتحويل المبلغ النقدي أو المسحوب بالشيك يحوله إلى مصرف آخر، أو شخص أخر في أي بلد، سواء كان عن طريق التحويلات الخطابية، أو عن طريق التلكس، أو البرق، أو التلفون، أو نحو ذلك، فهذه العمليات كيّفت على أساس (السفتجة) ـ كما سبق ـ حيث أجازها جماعة من الفقهاء[2]، وقد يأخذ العميل مقابل نقوده شيكات مصرفية أو سياحية، فلا يخفى أن قبض الشيك المصرفي، أو السياحي بمثابة القبض. والله أعلم.

التكييف الفقهي للتحويلات المصرفية

بذلت الموسوعة الفقهية في الكويت جهداً طيباً من خلال بحث الحوالة للوصول إلى تأصيل فقهي للتحويلات المصرفية، وناقشت فيه بالتفصيل القول بتخريجها على السفتجة المعروفة لدى الفقهاء، فبيَّنت فيه ما بينهما من أوجه التشابه والفروق، كما ناقشت القول بتخريجها على القرض، أو الوكالة، ثمَّ رجحت القول بأن التحويلات المصرفية عملية مركبة من تصرفين أو أكثر، ومن هنا فهي عقد جديد لا يشتمل على محظور شرعاً فيكون صحيحاً جائزاً شرعاً من حيث أصله[3]، ونحن نحاول أن نذكر بإيجاز هذا التكييف الفقهي مع المناقشة والترجيح.

---

(١) المصارف الإسلامية للدكتور غريب الجمال، ط مؤسسة الرسالة، (ص٧١ ـ ٧٢). والمراجع السابقة.

(٢) موقف الشريعة من المصارف المعاصرة ـ المرجع السابق ـ (ص٣٣٦).

(٣) الموسوعة الفقهية، بحث الحوالة (ص٢٣٨)، التي تصدر من دولة الكويت ـ وزارة الأوقاف، ويراجع: بحث الشيخ عبد الله بن سليمان: بعنوان: حكم العرف في اعتبار قبض الشيك قبضاً لمحتواه، (ص٩).

تخريجها على السفتجة:

والسفتجة كما ـ يقول الفقهاء ـ عبارة عن كتاب يكتبه المستقرض للمقرض إلى نائبه ببلد آخر ليعطيه ما أقرضه[1]، وقد أجازها جماعة من الفقهاء[2]، (مع وجود الشرط الذي يستفيد به المقرض الأمان من خطر الطريق وهو شرط التوفية في بلد آخر) فهي وسيلة أبيحت ـ كما يقول ابن قدامة ـ لأنها تحقق المصلحة للعاقدين من غير أن تؤدي الضرر بأحدهما[3]، بالإضافة إلى أن الأصل في العقود الإباحة[4].

وتوجد بين السفتجة والتحويلات المصرفية أوجه شبه من حيث عملية التحويل، وضمان الطريق وغيرهما لكنه كذلك يوجد أوجه اختلاف أربعة وهي:

الوجه الأوَّل: إن السفتجة كانت تتم بين بلدين في حين أن التحويل المصرفي قد يكون بينهما، وقد يكون بين مصرفين في بلد واحد.

وفي نظري أن هذا الفرق ليس جوهريًّا فلا يؤثر، إذ أن العلة التي من أجلها كرهها بعض الفقهاء هي اشتراط الوفاء في بلد آخر، حيث جر منفعة في نظرهم فإذا كان المحققون قد أجازوها مع ذلك فإجازتها مع قرب المكانين، وعدم وجود نفع يذكر حيث لا يوجد الخوف من الطريق تكون بطريق أولى.

الوجه الثَّاني: أن السفتجة قد يكون المقترض فيها مسافراً، أو عازماً على السفر فيوفي هو نفسه أو نائبه إلى المقرض أو إلى مأذونه، بينما التحويل

---

(١) تهذيب الأسماء للنووي، ط بيروت (١/ ١٤٩).
(٢) الأم (٣/ ٣٠)، والمغني (٤/ ٣٥٤).
(٣) المغني (٤/ ٣٥٤).
(٤) مبدأ الرضا في العقود ومصادره حيث انتهى فيه المؤلف إلى أن جماهير الفقهاء يقولون بذلك (٢/ ١١٤٨ ـ ١١٦٣).

المصرفي ليس فيه ذلك، حيث أن المصرف الأوَّل ـ وهو المقترض ـ لا يوفي بنفسه إلَّا إذا كان المصرف الثَّاني الدافع فرعاً للأول[1].

غير أن المصرف الثَّاني حتى إذا لم يكن فرعاً له، لا يقوم بأي إجراء إلَّا من خلال ما يصل إليه من توجيهات المصرف الأوَّل.

الوجه الثَّالث: إن المفروض في السفتجة ـ باعتبارها نوعاً من القرض ـ اتحاد جنس النقد المدفوع عند العقد والمؤدى، في حين أن التحويل المصرفي لا ينحصر في هذه الحالة، بل قد يكون الأداء بعملة أخرى، حيث يأخذ المصرف نقوداً، ويكتب بنقد آخر.

غير أن هذا الفرق وإن كان له وجاهته لكنه لا يؤثر في أصل الحل، إذ يكيف التحويل المصرفي في هذه الحالة على القرض والتوكيل، أو القرض والحوالة، وفي رأيي أنه يدخل ضمن المصارفة في الذمة التي قال بها جماعة من الفقهاء ـ كما سبق ـ.

نعم إن التقابض شرط أساسي في كل مصارفة ـ كما دل على ذلك الحديث الصحيح ـ وما يحدث في البنوك عند التحويل هو مبادلة بين نقود ونقود فيها تحويل وصرف، ومن هنا فتسليم المصرف الوسيط شيكاً بقيمة ما قبض من طالب التحويل يعتبر بمثابة دفع بدل الصرف في المجلس؛ أي: إن قبض ورقة الشيك كقبض مضمونه فيكون الصرف قد استوفى شريطته الشرعية في التقابض، وذلك لأن الشيكات ـ عرفاً وقانوناً وثيقة ـ بمثابة النقود الورقية، ولذلك يجري تداولها بينهم كالنقود تظهيراً وتحويلاً، وأنها محمية في جميع القوانين المالية، حتى تعتبر سحب الشيك بدون رصيد جريمة تعاقب عليها[2]، ولذلك فاعطاء المبلغ نقداً وأخذ مقابله بشيك بمثابة:

---

(١) الموسوعة الفقهية ـ الحوالة (ص٢٣٨)، وبحث الشيخ عبد الله بن سليمان (ص١٠).

(٢) الموسوعة الفقهية، الحوالة، وبحث الشيخ سليمان بن عبد الله (ص١٤).

«خذ وهات: هاء وهاء»، ولكن لا بد من ملاحظة كون السعر للعملتين حسب السعر اليومي السائد[1].

أما إذا لم يدفع النقود إلى المصرف الذي أعطاه الشيك فيكون ذلك توكيلاً من المصرف للمصرف الآخر بدفع المبلغ المكتوب فيه، وليس في هذا إشكال.

الوجه الرَّابع: إن السفتجة لم يكن فيها عمولة في حين أن التحويل المصرفي اليوم يتقاضى في مقابله مبلغاً من المال، وهذا إشكال حيث أنه في الظاهر من باب قرض جر منفعة.

لكنه لدى التحقيق إن هذه الزيادة في مقابل العمل الذي يقدمه البنك، ومصارفه، وذلك لأنه يوجد فرق شاسع بين السفتجة التي كان يقوم بها الأفراد والتي لم تكلف شيئاً، وبين ما تقوم به البنوك التي تكلفها الكثير، فهي شخصية اعتبارية تتحمل رواتب الموظفين والعمال بالإضافة إلى تكاليف الإدارة والأثاث وغير ذلك.

ومع وجاهة هذه الحلول التي ذكرت رجحت الموسوعة الفقهية أن التحويلات المصرفية اليوم أو البريدية عملية مركبة من معاملتين، أو أكثر، بل هو عقد حديث بمعنى أنه لم يجر العمل به على هذا الوجه المركب في العقود السابقة، ولم يدل دليل على منعه، فهو صحيح جائز شرعاً من حيث أصله بقطع النظر عما يحيط به من مواد قانونية يجب لمعرفة حكمها استقصاؤها تفصيلاً ودراستها للحكم فيها[2].

---

(١) يراجع: أ. د. علي السالوس: النقود واستبدال العملات، ط مكتبة الفلاح بالكويت، (ص٤٢).

(٢) الموسوعة الفقهية الكويتية ـ الحوالة ـ (ص٢٢٩ ـ ٢٣٥).

بالإضافة إلى ذلك فإن كيفية القبض عند المحققين تعود إلى العرف، يقول شيخ الإسلام ابن تيمية: (الأسماء تعرف حدودها تارة بالشرع كالصَّلاة والزكاة، والصيام والحج، وتارة باللغة كالشمس والقمر، والبر والبحر، وتارة بالعرف كالقبض، والتفرق، وكذلك العقود كالبيع والإجارة، والنكاح والهبة وغير ذلك[1]، ويقول الإمام القرافي: (كل ما هو في الشريعة يتبع العوائد يتغير الحكم فيه عند تغير العادة إلى ما تقتضيه العادة المتجددة، وليس هذا تجديداً للاجتهاد من المقلدين حتى يشترط فيه أهلية الاجتهاد، بل هذه قاعدة اجتهد فيها العلماء وأجمعوا عليها فنحن نتبعهم فيها من غير استئناف اجتهاد[2]، بل قد نص الفقهاء على أن الحوالة بمنزلة القبض، وكذلك الإبراء[3]، لذلك أقر مجلس المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي في دورته الحادية عشرة المنعقدة بمكة المكرمة في ١٣ ـ ٢٠ رجب ١٤٠٩هـ ما يلي:

أوَّلاً: يقوم تسليم الشيك مقام القبض عند توفر شروطه، في مسألة صرف النقود بالتحويل في المصارف.

ثانياً: يعتبر القيد في دفاتر المصرف في حكم القبض لمن يريد استبدال أي عملة بعملة أخرى سواء كان الصرف بعملة يعطيها الشخص للمصرف، أو بعملة مودعة فيه.

---

(١) مجموع الفتاوى (٢٩/٤٤٨).

(٢) الأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، تحقيق عبد الفتاح أبو غدّة، ط مكتبة المطبوعات الإسلامية ١٣٨٧هجري (ص٢٣١).

(٣) قال ابن قدامة في المغني (٥/٥٦، ٦٩): (الحوالة بمنزلة القبض»... لأن الحوالة كالتسليم. وجاء في الشرح الكبير (٥/٥٨): (ولأن الحوالة بمنزلة القبض فكأن المحيل أقبض المحال)، وجاء في الإنصاف (٣/١٨): (الحوالة والإبداء منه كالقبض على الصحيح من المذهب، وقيل: إن جعل وفاء فكالقبض وإلا فلا).

القبض في العقار في وقتنا الحاضر:

تقضي القوانين الحديثة المعاصرة بضرورة إتباع تسجيل العقار، وشهره عند بيعه، ومن هنا فلا يكتفى بمجرد تخلية العقار بعد العقد الشفهي، فقد كان القانون المدني الفرنسي القديم يعتمد في مادته (١١٣٨) على قاعدة إنتقال الملكية بمجرد العقد، ثمَّ اضطر إلى إصدار قانون في ٢٣/ ٣/ ١٨٥٥م خاص بالتسجيل، والذي قرر بموجبه أن ملكية العقار ـ ولو أنها تنتقل بمجرد العقد ـ لا يكون انتقالها معتبراً بالنسبة إلى الغير إلَّا من وقت تسجيل العقد في مكتب التسجيل الذي يقع في دائرته العقار المبيع(١).

وتبعه في ذلك القانون المدني المصري في قانونه القديم حيث نص في المادة ٤٧/ ٦٩ على ضرورة تسجيل العقار لثبوت الحقوق فيه بالنسبة للغير، ثمَّ قرر في قانون التسجيل الصادر في ١٩٢٣م (المادة الأولى) أن الملكية وسائر الحقوق العينية لا تنشأ ولا تنتقل، ولا تتغير ولا تزول لا بين المتعاقدين ولا بالنسبة لغيرهم إلَّا بالتسجيل.

وبذلك صارت قاعدة انتقال الملكية بمجرد العقد مقصورة على المنقول دون العقار، وأصبح الالتزام بنقل ملكية العقار يحتاج إلى تنفيذ من خلال كتابة العقد على ورق من نوع خاص تضعه الدولة، ثمَّ التأشير عليه من مصلحة الشهر العقاري، والتوقيع عليه أمام موثق، أو موظف مختص بالتصديق، ثمَّ تسجيله فعلاً.

وجاء التقنين الجديد المصري لينص في مادته (٩٣٤) على ضرورة اتباع الإجراءات السابقة ثمَّ رأى المشرع المصري أن يأخذ بنظام السجل العيني من خلال القانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤م.

---

(١) د. سليمان مرقس: عقد البيع، ط عالم الكتب بالقاهرة ١٩٨٠م (ص٢٧٣)، ومصادره، د. السنهوري: الوسيط (١/ ١٨٨).

وكان المشرع الفرنسي قد أدخل تعديلات جوهرية على نظام الشهر العقاري المعمول به منذ عام ١٩٣٥م، من خلال مرسومين في ٢ يناير ١٩٥٥م، ١٤ أكتوبر ١٩٥٥م.

والقانون المدني العراقي نص كذلك في مادته (٥٠٨) على أنَّ (بيع العقار لا ينعقد إلَّا إذا سجل في الدائرة المختصة، واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون)، فهذه المادة صريحة في أن بيع العقار عقد شكلي في نظر القانون المدني العراقي حيث لا ينعقد إلَّا إذا سجل في دائرة الطابو[1] على عكس القانونين ـ المصري والفرنسي ـ اللذين لم يجعلاه شكليًّا، وإن كانا قد جعلا هذه الإجراءات ضرورية، حيث لم يجعلا التسجيل ركناً في العقد بل شرطاً لانتقال الملكية[2].

ومع ذلك يمكننا القول بأن جعل التسجيل ركناً أو شرطاً لا يغير عن طبيعة القبض في العقار، حيث لم تتغير طبيعة القبض بعد العقد، فهو لا يزال تمكين العاقد من العقار وتخليته له، بعد العقد الذي يدخل فيه التسجيل كركن أو شرط.

الخاتمة

بعد المعايشة مع هذا الموضوع والبحث عن مسائله في بطون المصادر المعتمدة من كتب التفسير والحديث، والفقه يمكننا أن نلخص النتائج التي تمخض عنها البحث بما يلي:

أوَّلاً: أن القبض في اللغة لا ينحصر معناه في الأخذ باليد، وإنما له عدَّة معاني منها الإمساك والتمكن من الشيء، والأخذ المطلق، ونحوها، وقد ورد بهذه المعاني اللغوية أيضاً في القرآن الكريم والسُّنَّة المطهَّرة.

---

(١) د. غنى حسون طه: عقد البيع، ط دار المعارف ببغداد ١٩٧٠م، (ص٢١٨).
(٢) المصدر السابق، . . . وسليمان مرقس: المرجع السابق (ص٢٨٥).

ونفيد من هذا البحث اللغوي أن القبض ليس له معنى محدد معين في اللغة، ولم يخصصه الكتاب أو السُّنَّة بمعنى معين، ولذلك يكون مرجعه إلى العرف، وهذا ما صرح به الفقهاء.

ثانياً: وفي اصطلاح الفقهاء وجدناهم متفقين على أن القبض في العقار بالتخلية، ثمَّ ثار بينهم خلاف في غيره، فوجدنا اتجاهاتهم تنحصر ـ بشكل عام ـ في اتجاهين: اتجاه يرى أن القبض هو التخلية والتمكن من القبض دون حائل ولا مانع، واتجاه آخر يرى أن القبض في المنقول لا يتم إلَّا بالنقل، أو الكيل، أو الوزن، أو التوفية.

وقد ذكرنا أدلة كل فريق مع ما يمكن أن يجري فيها من مناقشة، فوجدنا أن الذي يدعمه الدليل هو أن القبض هو التخلية، والتمكن من الاستلام دون حائل ومانع، لكنا اشترطنا أن يكون القبض في الربويات يتم داخل المجلس، وكذلك رجحنا القول بأن القبض التام في الطعام لا يتم إلَّا بالنقل أو التوفية، أو الكيل، أو الوزن جمعاً بين الأدلة.

ثالثاً: وصلنا من خلال أنواع القبض وصوره التي ذكرها فقهاؤنا القدامى أن مرجع هذه الصور أعراف أزمانهم وعوائدها، حيث عللوا أحكامها بالعرف، وقرروا أن الحاكم فيها العرف.

رابعاً: وعند بحثنا عن صور القبض المعاصرة وضعنا ضابطة تسهل لنا كثيراً من صور القبض المعاصرة وهي: أن مبنى القبض وأساس مسائله وصوره قائم على العرف، حيث إن أطلقه، ولم يرد في اللغة في معنى محدد، فيكون الرجوع فيه إلى العرف، ومن هنا فكل ما عدّه العرف قبضاً في أي عصر من العصور فهو قبض ما دام لا يصطدم مع نص شرعي ثابت صريح، ومن هنا فمقتضيات الأعراف السابقة لا تكون حجة على مقتضيات عصرنا الحاضر ما دامت أعرافه قد تغيرت؛ لأن ما هو مبني على العرف يتغير بتغيره، وعلى ضوء ذلك وصلنا إلى ما يلي:

(أ) قبض العقار لا يزال بالتخلية، وكذلك قبض المصانع والشركات.

(ب) المنقولات ـ ما عدا الطعام ـ إذا كانت حاضرة يتم فيها القبض بمجرد التخلية، وأما الطعام فلا يجوز بيعه إلَّا بعد نقله، أو كيله، أو وزنه.

(ج) وأما القبض في السلع الحاضرة ـ ما عدا الطعام ـ والسلع التي رآها المشتري سابقاً، فيتم بمجرد التخلية بعد العقد.

(د) وأما السلع الغائبة، فإما أن يتم العقد فيها بين المستورد والمصدر مباشرة... وحينئذ لا يلزم العقد إلَّا بعد وصول البضاعة، ومطابقتها للمواصفات التي طلبها المشتري في العقد، وبالتالي فإن القبض يتم بعد ذلك مباشرة.

ومن المعلوم فقهاً أن رؤية الوكيل تنوب عن رؤية الموكل، وأن رؤية البعض قد تغني عن رؤية الكل.

(هـ) وقد يتم العقد عن طريق البنوك من خلال الاعتمادات المستندية وحينئذ إما أن يدخل البنك كوكيل فيكون استلامه البضاعة قبضاً، وكذلك إذا دخل كشريك.

أما إذا دخل البنك كمرابح (بيع المرابحة) فيكون قبضه للبضاعة قبضاً لنفسه، ولا يتم القبض للعميل إلَّا إذا وصلت البضاعة إلى الميناء المطلوب، ويتم العقد بينهما، ثمَّ يراها، ويخلي بينه وبينها حسب العرف الجاري.

(و) وأما القبض في النقود فلا بد أن يكون في المجلس، ولكن مفهوم المجلس قد يتوسع فيه، وكيفية القبض قد يؤثر فيها العرف دون الاصطدام مع النص على ضوء ما يأتي:

١ ـ تقديم المبلغ إلى المصرف وقيامه بتسجيله لحساب العميل الخاص الاستثماري، أو الجاري قبضه، وبذلك يكون المصرف مضارباً، أو شريكاً ـ حسب الاتفاق ـ في حالة تسجيله في حسابه الاستثماري، ويكون مديناً في حالة تسجيله في الحساب الجاري (حسب الاتفاق).

٢ ـ يدفع العميل ريالات مثلاً ليسجلها المصرف في حسابه الخاص بالدولار فيقوم المصرف بذلك ويعطى له ايصالاً، فهذا أيضاً جائز يدخل في باب المصارفة في الذمة التي أجازها جماعة من الفقهاء، وأكد على ذلك مؤتمر المصرف الإسلامي بدبي.

٣ ـ تحويل مبلغ من النقود بعد تحويلها إلى عملة البلد المحول إليه يتضمن المصارفة في الذمة، مع ما يسميه الفقه الإسلامي بالسفتجة، وكلتاهما جائزتان، وكذلك لو أخذ العميل شيكاً مصرفيًّا أو شيكاً سياحيًّا.

خامساً: وجدنا أن أركان القبض ثلاثة: القابض، والمقبض، والمقبوض، ويشترط في المتقابضين ما يشترط في العاقدين ـ كقاعدة عامة ـ.

سادساً: الأصل عدم اتخاذ القابض والمقبض لكن الفقهاء أجازوا اتحادهما في عدَّة حالات ذكرنا منها سبعاً.

سابعاً: أوضحنا بشيء من التفصيل أثر القبض في العقود الصحيحة، فوجدناها بالنسبة له ليست على سنن واحد حيث قسم الفقهاء العقود بالنسبة لأثر القبض إلى أربعة أقسام وهي:

١ ـ قسم لا يشترط فيه لا في صحته، ولا في لزومه، ولا في استقراره مثل النكاح، والحوالة، والوكالة، والوصية.

٢ ـ قسم يشترط فيه القبض في صحته مثل الصرف.

٣ ـ ما يشترط فيه القبض في لزومه كالرهن، وقد آثرنا آراء الفقهاء في ذلك مع الأدلة والمناقشة ثمَّ رجحنا القول بأن الرهن يلزم بمجرد العقد، وأن القبض شرط للاستقرار، وحينئذ يجبر الراهن على تسليم الرهن بعد العقد.

وقد ذكر الفقهاء لهذا القسم مثالاً آخر وهو الهبة، وذكرنا آراء الفقهاء في ذلك وأدلتهم، مع المناقشة، وترجيح الرأي القائل بأن القبض فيها شرط اللزوم.

٤ ـ وقسم يشترط فيه القبض لاستقراره مثل البيع، حيث يترتب على عدم القبض عدَّة آثار من أهمها أن المبيع يكون على ضمان البائع ما دام لم يقبض (على خلاف فيه وتفصيل).

ومن أهمّ هذه الآثار أيضاً عدم جواز البيع قبل القبض، وقد ذكرنا فيه آراء الفقهاء، وأدلتهم مع المناقشة، ثمَّ ترجيح جواز البيع قبل القبض إلَّا في الطعام جمعاً بين الأدلة (مع تفصيل وتحليل).

ثامناً: فصلنا القول في أثر القبض في العقود الفاسدة، حيث ذكرنا اتِّجاهات الفقهاء، ورجحنا القول بأن المقبوض بعقد فاسد مضمون على قابضه.

تاسعاً: أثرنا حكم المقبوض على سوم الشراء، أو النظر، أو الرهن، حيث وجدنا فيه تفصيلاً ذكرناه.

هذا والله أسأل أن يعصمني من الزلل والخطأ ويجعل أعمالي خالصة لوجهه الكريم وهو حسبي فنعم المولى ونعم النصير.

كتبه الفقير إلى الله

أ.د. علي محيي الدّين القره داغي



المحتوى

حديث: «لا تبع ما ليس عندك»
سنده وفقهه

عقد الاستصناع
بين الاتباع والاستقلال، وبين اللزوم والجواز

أحكام التصرف في الديون
(دراسة فقهية مقارنة)

أحاديث النهي عن صفقتين في صفقة واحدة
(سندها ومتنها وفقهها)

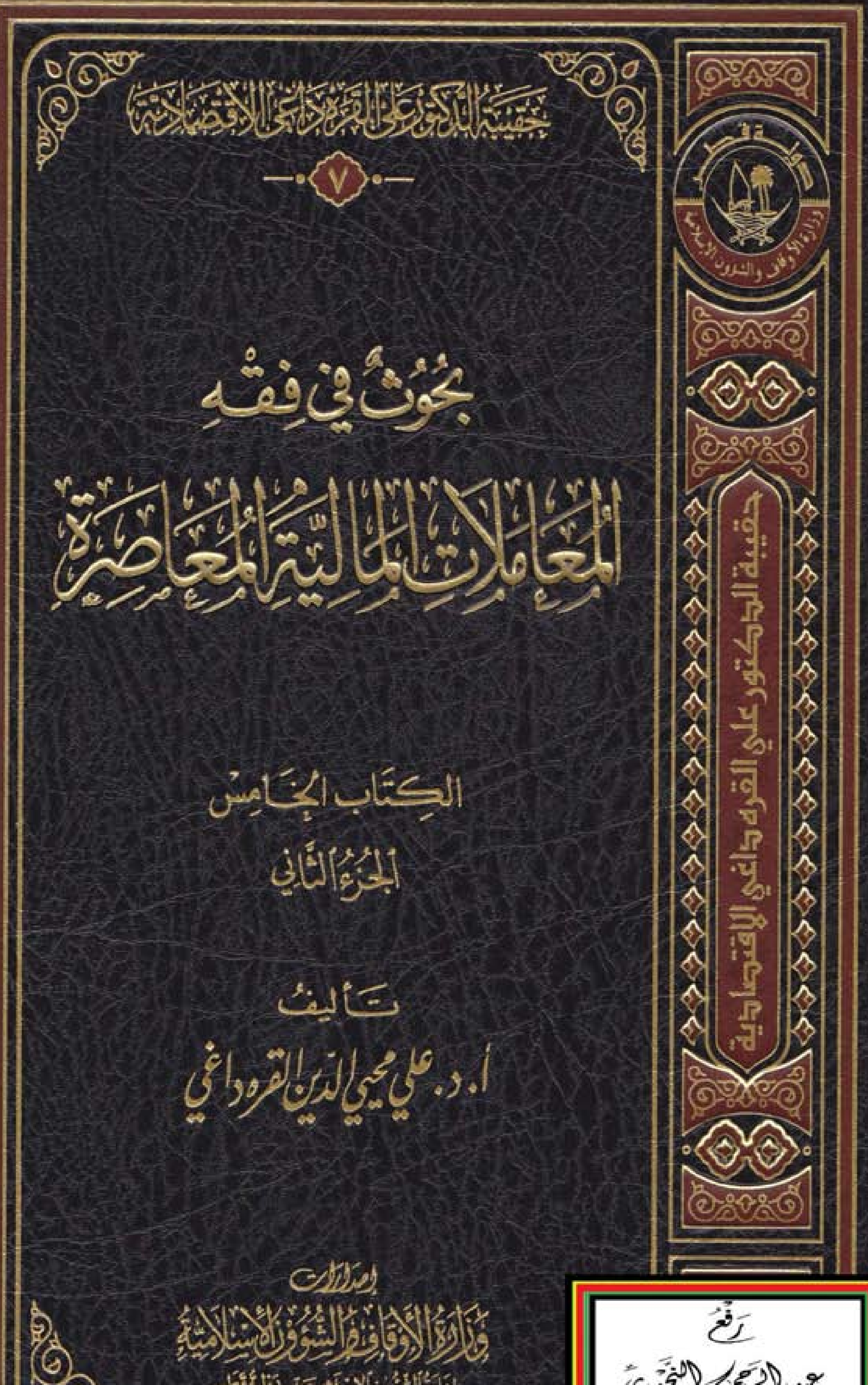
الحقوق المعنوية وتطبيقاتها المعاصرة والتصرُّف فيها وزكاتها
(دراسة فقهية تأصيلية)

القبض وتطبيقاته المعاصرة في العقود والبنوك الإسلامية
(دراسة فقهية مقارنة)

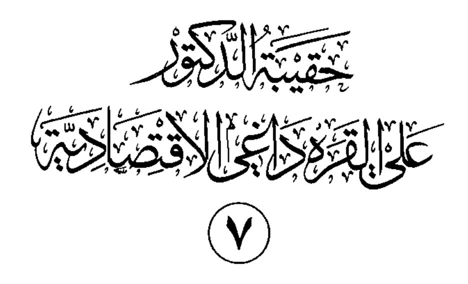

رفع
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com



رفع
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com


حقيبة الدكتور علي القره داغي الاقتصادية
٧
بحوث في فقه
المعاملات المالية المعاصرة
الكتاب الخامس
الجزء الثاني
تأليف
أ. د. علي محيي الدين القره داغي
إصدارات
وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية
إدارة الشؤون الإسلامية - دولة قطر
حقيبة الدكتور علي القره داغي الاقتصادية


رفع
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com


حقيبة الدكتور
علي القره داغي الاقتصادية
٧

إصدارات
وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية
إدارة الشؤون الإسلامية - دولة قطر

الطبعة الأولى
١٤٣١هـ - ٢٠١٠م

شركة دار البشائر الإسلامية
للطباعة والنشر والتوزيع ش.م.م
أسسها الشيخ رمزي دمشقية رحمه الله تعالى سنة ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م
بيروت - لبنان ص.ب: ١٤/٥٩٥٥ هاتف: ٧٠٢٨٥٧
فاكس: ٠٠٩٦١١/٧٠٤٩٦٣ e-mail: bashaer@cyberia.net.lb

حقيبة الدكتور علي القره داغي الاقتصادية

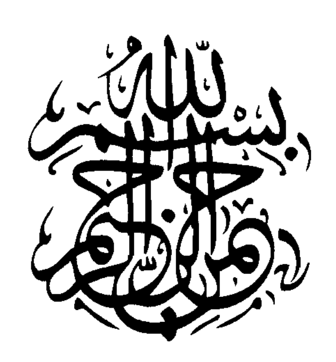
٧

بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة

الكتاب الخامس

الجزء الثاني

تأليف
أ. د. علي محيي الدين القره داغي





تنمية موارد الوقف والحفاظ عليها
(دراسة فقهية مقارنة)

الحمدُ لله ربّ العالَمين، والصَّلاة والسَّلام على خاتم الأنبياء والمرسلين وعلى آله وصحبه الطيِّبين، **وبعد:**

فإنَّ الدَّارس للحضارة الإسلامية يقف معجباً كلّ الإعجاب بدور الأوقاف في المساهمة في صناعة الحضارة الإسلامية والنهضة الشاملة للأمة، وأن من يقرأ تأريخ الوقف ليجد أنه شمل مختلف جوانب الحياة من الجامعات والمستشفيات إلى الأوقاف الخاصة بالحيوانات (مثل خيول الجهاد) التي لم تعد صالحة للاستعمال فحينئذٍ تُحال إلى المعاش وتصرف لها أعلافها وما تحتاج إليها من هذه الأوقاف... إلى الأوقاف على الأواني التي تنكسر بأيدي الخادمات حتى لا تعاقب فيجدن بدائل عنها في مؤسسات الوقف.

لذلك فإعادة دور الوقف تعني إعادة دور كبير للجانب الطوعي المؤسس لخدمة الحضارة والتقدم ولخدمة تنمية المجتمع وتطويره.

ومن هنا كان بحثي هذا مساهمة متواضعة في مجال تنمية موارد الوقف والحفاظ عليها، حيث تطرقت إلى تنمية القائمين على الوقف، والحفاظ على أمواله، وأحكام الاستبدال، ثمَّ الاستثمار وطرقه القديمة، ووسائله المعاصرة، ثمَّ تطرقت إلى دور الشخصية الاعتبارية للوقف (التي سبق بها الفقه الإسلامي) في تطوير الوقف.

وقد رجعت من خلال البحث إلى كتبنا الفقهية وآراء سلفنا الصالح فوجدت فيها كلّ ما يشفي الغليل، والمرونة الكافية في التعامل مع الوقف مما يسهل للقائمين على الوقف أن يقوموا بتطوير الوقف وأمواله وأدواره إن أرادوا.

والله نسأل أن يوفقنا لتحقيق ما نصبوا إليه، ويجعل أعمالنا خالصة لوجهه الكريم إنه مولاي فنعم المولى ونعم النصير.

التعريف بتنمية الموارد الوقفية والحفاظ عليها

نحاول أن نوجز القول في تعريف العنوان في اللغة والاصطلاح:

فلفظ (التنمية) لغة: مصدر نمّى ينمّي تنميةً بتشديد الميم، فيقال: نمّى الشيء؛ أي: جعله نامياً والحديث؛ أي: أذاعه على وجه النميمة، ونمّى النار؛ أي: أشبع وقودها.

وأصله من (نما الشيء ينمو نماءً ونمواً) أي: زاد وكثر، فيقال: نما الزرع أو المال أو الولد: ازداد، ومن نمى ـ بفتح الميم ـ وينمي ـ بكسر الميم؛ أي: الناقص اليائي ـ فيقال: نمى الحديث نماءً ونُمياً؛ أي: شاع، ونمى الحيوان؛ أي: سمن، والصيد؛ أي: غاب عن الصائد، ونما الشيء رفعه وأعلى شأنه، فيقال: فلان ينميه حَسَبُه؛ أي: يرفع شأنه، ونمى المال زاده وكثّره[(١)].

ومن هنا فالتنمية هي الزيادة الذاتية، والنماء الحاصل للشيء، وليست الكثرة والإضافة، ولكن ابن منظور ذكر من معانيها الكثرة فقال: (نمى؛ أي: زاد وكثر)[(٢)]، فعلى ضوء ذلك تدخل الزيادة الخارجية المضافة إلى المال في التنمية.

---

(١) المعجم الوسيط، ط قطر (٢/ ٩٥٦)، ولسان العرب، ط دار المعارف (٦/ ٤٥٥١)، والقاموس المحيط مادة «نمى».

(٢) لسان العرب (٦/ ٤٥٥١).

ولم يرد لفظ (التنمية) في القرآن الكريم، ولكن جاءت مشتقاتها في السُّنَّة النَّبوِيَّة المشرفة، منها قوله ﷺ: «**حسن الخلق نماء وسوء الخلق شؤم**»[1].

والوقف لغة: هو الحبس، **واصطلاحاً**: هو حبس العين والتصدق بمنفعتها. والموارد الوقفية هي كلّ الأموال الخاصة بالوقف.

إذن فالمقصود بتنمية الموارد الوقفية هي: بذل كلّ الجهود بكل الوسائل المتاحة لزيادة موارد الوقف وتكثيرها عن طريق الاستثمار ونحوه.

إذن فهذه التنمية تقتضي الحفاظ على أموال الوقف وموارده من خلال إضافة موارد جديدة، ونمائها وزيادتها عن طريق الاستثمار والاستغلال، وبما أن ذلك لا يتحقق إلَّا عن طريق تنمية الموارد البشرية. إذن فيقتضي أن نتحدث عن هذه الأمور الأربعة بشيء من الإيجاز[2].

تنمية القائمين على الوقف (بإيجاز)

لا يمكن أن تتحقق تنمية الموارد الوقفية إلَّا إذا سبقتها أو صاحبتها تنمية الموارد البشرية وبالأخص تنمية القائمين، ونحن في هذا البحث لا نخوض في تفاصيل هذه المسألة وإنما نوجز القول في أهمّ متطلبات تنمية الموارد البشرية وهي:

١ ـ اختيار العناصر الفعالة المتقية المتعاونة المتماسكة القادرة على التطوير، والجامعة بين الإخلاص والاختصاص ﴿إِنَّ خَيْرَ مَنِ ٱسْتَـْٔجَرْتَ ٱلْقَوِىُّ ٱلْأَمِينُ﴾[3]، وهذا يتعلق بعمليات الاختيار وإدراة الترقيات والتنقلات.

---

(١) رواه أحمد في مسنده (٣/ ٥٠٢).

(٢) وهناك تفاصيل تراجع في: فتح القدير مع العناية على الهداية، ط مصطفى الحلبي بمصر (٦/ ١٩٠)، وحاشية ابن عابدين (٦/ ٥١٩)، وشرح الخرشي (٧/ ٧٨)، ونهاية المحتاج (٥/ ٣٥٨)، والإقناع (٣/ ٢)، والمغني (٥/ ٦٣١).

(٣) سورة القصص: الآية ٢٦.

٢ ـ الحفاظ على صحة القائمين على الوقف بكل الوسائل المتاحة، إذ الدراسات العلمية أثبتت أن المرض يمكن أن يخفض الإنتاجية إلى الثلث[١]، وأن الخدمات الصحية والاجتماعية لها دور كبير في الإنتاجية وتطويرها، لذلك فعلى المؤسسات الوقفية العناية بصحة موظفيها والعاملين فيها، وتهيئة التأمين الصحي وبرنامج الصيانة البشرية، وما يرتبط به من تحسين بيئة وظروف العمل وتقديم الخدمات الاجتماعية والصحية وخدمات الأمن والسَّلامة[٢].

٣ ـ تحقيق اليسر المادي للعاملين في الوقف، أو بعبارة الفقه الإسلامي: الكفاية، والغنى، كما عبّر عنه الخليفة الراشد علي بن أبي طالب ـ رضي الله عنه ـ حيث قال: (أباح الله لهم ـ أي: للمتقين ـ الدنيا ما كفاهم به، وأغناهم)[٣]، فالغرض من التنمية الاقتصادية هو تحقيق الكفاية والغنى لأفراد المجتمع، وهي نفسها لا تحقق بصورتها الشاملة الكاملة إلَّا بأفراد قادرين على ذلك.

٤ ـ التخطيط الدقيق بحيث تكون جميع أعمال القائمين تسير حسب اللوائح والخطط والبرامج.

٥ ـ الارتقاء بالقائمين على الوقف والعاملين فيه ارتقاءً شاملاً للجوانب الروحية والنفسية والفكرية والعلمية وذلك من خلال التعويد على التطوير الذاتي بالقراءة، والاستماع، والمشاهدة، ومن خلال الدورات التدريبية في المجالات التي تحقق الهدف المنشود، والدراسات المتخصصة في مجالات

(١) مقدمة د. محمد عزيز علي، د. والتر إيلكان: مقدمة في التنمية الاقتصادية، ط جامعة قار يونس ١٩٨٣م (ص١٠).
(٢) سليمان بن علي العلي: تنمية الموارد البشرية والمالية، ط مؤسسة أمانة (ص٤٥).
(٣) نهج البلاغة، ط دار المعرفة بيروت مع شرح الشيخ محمد عبده (٣/ ٢٦ ـ ٢٨)، ويراجع د. يوسف إبراهيم: (استراتيجية وتكتيك التنمية الاقتصادية في الإسلام، ط الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية بالقاهرة ١٤٢١هـ (ص١٥٥).

الإدارة وعلم النفس، والاجتماع، والتنمية ونظم المعلومات ونحوها، ومن خلال الزيارات للمؤسسات المشابهة داخل البلاد وخارجها.

٦ ـ العناية القصوى بالمتابعة وتقييم الأداء على موازين دقيقة ومعايير منضبطة وبالتالي تطبيق قاعدة الثواب والعقاب، وكذلك العناية بتقييم النظم المطبقة في المؤسسة، فعلى المؤسسات الوقفية إن أرادت التنمية الشاملة أن تولي عنايتها القصوى بهؤلاء العاملين من شتّى الجوانب المذكورة. وبالأنظمة والبرامج واللوائح، وإعادة النظر فيها للارتقاء بها على سبيل الدوام هذا ما أردنا هنا التنويه دون الخوض في تفاصيل الموضوع.

العلاقة بين الوقف والتنمية

وأما الوقف نفسه فكان ـ ولا يزال ـ له دور عظيم اقتصاديًّا واجتماعيًّا وعلميًّا في التنمية بل الوقف نفسه تنمية بشرية، وتنمية اجتماعية وتنمية اقتصادية حتى يمكن القول بسهولة إن حضارتنا الإسلامية هي حضارة الوقف، وقد كان له دوره في توفير الحدّ الأدنى من الطيبات العامة للفقراء من خلال الأوقاف الخاصة بالفقراء لإطعامهم، وكسوتهم، بل وتعليمهم، وتقليل الفروق بينهم وبين الأغنياء، وزيادة مساحة القاعدة الوسطية بين الفقراء والأغنياء، إضافة إلى الأوقاف الخاصة بالمستشفيات (بيمارستان)، ونحوها، لذلك يمكن تلخيص هذه الأدوار فيما يأتي:

١ ـ توفير الأمن الغذائي، وتحقيق الحاجيات الأساسية، بل حتى بعض المحسِّنات للفقراء:

فقد ساعد الوقف على مرّ العصور على توفير الحاجيات الأساسية، بل حتى بعض المحسنات للفقراء والمحتاجين من خلال الوقف الخيري الخاص بهم، ومن خلال التكايا والخانقاهات التي كانت تقدم لمن يسكنها من الفقراء ما يحتاجونه من الملبس والمأكل والمشرب والمنام، ومن المعلوم بداهة أن الفقر والعوز والحاجة من أهمّ معوقات التنمية، والنهضة الشاملة المنشودة.

٢ ـ توزيع الثروة وتقليل الفجوة بين طبقات المجتمع:

للوقف دور مهم في هذا المجال حيث يقدم الأغنياء بعض أموالهم للوقف على هؤلاء المحتاجين والمستحقين، وبالتالي ينتقص في الظاهر جزء من أموالهم، ويضم إلى أموال المحتاجين بما يرفع مستوى معيشتهم، ومن هنا فإن الوقف (مع بقية الوسائل الأخرى للتوزيع) يؤدي إلى توسيع القاعدة الوسطية وتقليل الفجوة بين طبقات المجتمع، ويخفف من غلوائها.

٣ ـ توفير التعليم المجاني للفقراء:

من خلال المدارس والجامعات التي وقفها المسلمون، ووقفوا لها أموالاً ضخمة للإنفاق عليها، وبذلك يتوافر التعليم المجاني للفقراء والمحتاجين ولأبنائهم وبناتهم، وهذا بلا شك يؤدي إلى التنمية البشرية الحقيقية، ويكفي للاستدلال على ذلك تلك الجامعات التي بناها الوقف مثل جامعات الأزهر، والزيتونة، والمدارس النظامية، وغيرها التي لا تزال آثارها باقية إلى اليوم.

وللتعليم دور في تنمية الإنسان نفسه، وفي تنمية الموارد، إذ به ترتقي الأمة سلّم الحضارة والتقدم والرفاهية، وأما الجهل والأمية فمن أخطر الأمراض والمعوقات على الإطلاق.

٤ ـ توفير الأمن الصحي للفقراء والمحتاجين:

من خلال المستشفيات (بيمارستان) التي بناها الواقفون والتي تفتخر بها حضارتنا إلى اليوم بعظمتها وخدماتها وأنظمتها، وللصحة دور كبير حتى في تنمية الموارد، إذ الأمراض تكلف المجتمع مبالغ كبيرة إضافة إلى تأثر الإنتاج بها تأثراً كبيراً.

٥ ـ رعاية الأيتام وكفالتهم وتربيتهم:

من خلال الوقف الخاص بهم، أو الوقف العام للفقراء والمحتاجين، حيث ساعد ذلك على الحفاظ على ثروة كبيرة للأمة لا يستهان بها تحولت

إلى طاقات نافعة ومنتجة بدل أن تتبعثر فتتعثر، بل تتحول إلى طاقات هدم وفساد.

٦ ـ توفير عدد من الوظائف:

من خلال النظّار والموظفين والمشرفين ونحوهم في المؤسسات الوقفية والمساجد، ونحوها، وهو عدد كبير لا يستهان به، يتخصصون في تلك المجالات ويتطورون.

٧ ـ المساهمة في تطوير العمل الخيري في المجتمع الإسلامي:

من خلال العمل المؤسسي للجمعيات والمؤسسات الوقفية، وزيادة عدد قنوات العون وزيادة فاعليته[١].

٨ ـ المساهمة في عملية التنمية الاقتصادية:

وزيادة عوامل الإنتاج كمًّا ونوعاً، واستيعاب التقنية الحديثة، وزيادة الموارد من خلال الاستثمار[٢].

الحفاظ على أموال الوقف (بإيجاز)

وذلك يقتضي البحث عن كيفية الحفاظ على أموال الوقف المختلفة من أراض، ومبان، ومنشآت، وحدائق وبساتين، ومن منقولات كالحيوانات والنقود ونحوها.

فالحفاظ على العقارات وما في حكمها من منشآت يتم بالصيانة والرعاية وعدم الإهمال وبعبارة موجزة وجود جهاز دقيق للصيانة الدورية والرعاية الشاملة، وإذا كان الوقف أشجاراً فتحتاج إلى رعاية خاصة من قبل المتخصصين في الزراعة وأمراضها من خلال الرش ونحوه.

---

(١) د. معبد الجارحي: ورقته المقدمة المنشورة ضمن أبحاث ندوة الوقف الخيري المنعقدة في أبو ظبي (ص١٢٠).

(٢) المرجع السابق (١٢٢ ـ ١٢٣).

وأما الحفاظ على المنقولات الحية كالحيوانات فإنها تكون بالرعاية الشاملة، وترتيب مستلزماتها، وأما النقود فيكون الحفاظ عليها بوضعها في مكان أمين وبتحويلها إلى عملات مستقرة ولو نسبياً بل في استثمارات مؤتمنة حتى يمكن الحفاظ على قيمتها بعيداً عن التضخم وتقلبات أسعار العملات، أو إقراضها للمؤتمنين حسب شرط الواقف، وأما الحفاظ على الحُليّ المخصص للوقف فيتمُّ عن طريق وضعه في مكان أمين، وعدم تسليمه إلَّا إلى المؤتمنين عند الإعارة.

والخلاصة: أن الحفاظ على أموال الوقف واجب يقتضيه الأمانة وعدم التفريط في حقوق الآخرين وهو واجب أساسي على الدولة الإسلامية بأن تضع الأنظمة والأجهزة لحماية أوقاف المسلمين، والحفاظ عليها، وهو واجب كذلك على ناظر الوقف ومتوليه، بل على المسلمين جميعاً كلٌّ حسب إمكانه وصلاحياته.

وقد نصّ الفقهاء على إعطاء الأوَّلوية من ريع الوقف لإصلاحه وتعميره وترميمه وصيانته بما يحافظ على قدرته على الانتفاع به، حيث يوجه الريع الناتج من الوقف إلى إصلاحه أولاً ثمَّ إلى المستحقين، حتى أن الفقهاء قد نصوا على أنه إذا شرط الواقف أن يصرف الريع إلى المستحقين دون النظر إلى التعمير فإن هذا الشرط باطل، قال المرغيناني: (والواجب أن يبتدأ من ارتياع الوقف بعمارته، شرط ذلك الواقف، أو لم يشترط؛ لأن قصد الواقف صرف الغلة مؤبداً، ولا تبقى دائمة إلَّا بالعمارة فيثبت شرط العمارة اقتضاءً)، وقال ابن الهمام: (ولهذا ذكر محمد ـ رحمه الله ـ في الأصل في شيء من رسم الصكوك فاشترط أن يرفع الوالي من غلته كل عام ما يحتاج إليه لأداء العشر، والخراج، والبذر، وأرزاق الولاة عليها، والعمالة، وأجور الحراس والحصادين والدّراسين؛ لأن حصول منفعتها في كل وقت لا يتحقق إلَّا بدفع هذه المؤن من رأس الغلة، قال شمس الأئمة: (وذلك وإن كان يستحق بلا شرط عندنا لكن لا يؤمن جهل بعض القضاة فيذهب رأيه إلى قسمة جميع

الغلة، فإذا شرط ذلك في صكه يقع الأمن بالشرط)، ثمَّ قال: (ولا تؤخر العمارة إذا احتيج إليها)[1].

فالواجب هو إبقاء الوقف على حالته السليمة التي تستطيع أن تؤدي دورها المنشود وغرضه الذي أوقفه الواقف لأجله، وذلك بصيانته وعمارته والحفاظ عليه بكل الوسائل المتاحة، بل ينبغي لإدارة الوقف (أو الناظر) أن تحفظ دائماً بجزء من الريع للصيانة الدائمة والحفاظ على أموال الوقف.

استبدال عين الوقف

المقصود بالاستبدال هنا تغيير العين الموقوفة بالبيع أو نحوه إلى شيء آخر، والاستبدال على ثلاثة وجوه:

الأوَّل: أن يشترطه الواقف لنفسه فقط أو لغيره فقط، أو لهما معاً، فحينئذٍ يكون الاستبدال جائزاً لمن شرط له على الصحيح.

الثَّاني: أن لا يشترطه وإنما يسكت عنه.

والثَّالث: أن يشترط عدم الاستبدال[2]، ففي هذين الوجهين يأتي التفصيل والخلاف، ولكنه من المتفق عليه أن الأصل العام والقاعدة الكلية في الشريعة هو عدم الاستبدال إلَّا لمسوغ مشروع، ولذلك اختلف الفقهاء في جواز استبدال عين الوقف ـ من غير المسجد ـ أو بيعها في حالات نذكر هنا أهمها:

١ ـ **حالة الهدم والخراب بحيث تتعذر عمارة الوقف**: قال المرغيناني: (وما انهدم من بناء الوقف وآلته صرفه الحاكم في عمارة الوقف إن احتاج إليه، وإن استغنى عنه أمسكه حتى يحتاج إلى عمارته يصرفه فيهما؛ لأنه لا بدّ من العمارة ليبقى على التأبيد فيحصل مقصود الواقف وإن تعذر إعادة عينه إلى

(١) الهداية مع فتح القدير (٦/ ٢٢١ ـ ٢٢٢).
(٢) حاشية ابن عابدين (٣/ ٣٨٧).

موضعه بيع وصرف ثمنه إلى المرّمة صرفاً للبدل إلى مصرف المبدل) بل ادعى ابن الهمام أن خروج الوقف عن الانتفاع به ينبغي أن لا يختلف فيه[1]؛ أي في المذهب الحنفي، أما إذا انهدمت الدار ـ مثلاً ـ ولم يكن إعادتها فتباع ويشترى بثمنها مثلها، أو قسط منه ما عدا المسجد[2]، وذهب أحمد إلى أن الدار الموقوفة إذا خربت يباع نقضها ويصرف ثمنها إلى وقف آخر[3].

٢ ـ **حالة عدم الانتفاع والاستغناء**: قال ابن الهمام: (ومن زيادات أبي بكر بن حامد: أجمع العلماء على جواز بيع بناء الوقف وحصيره إذا استغنوا عنه)، وقال أيضاً: (وينبغي للحاكم إذا رفعه إليه ولا منفعة في الوقف أن يأذن في بيعها إذا رآه أنظر لأهل الوقف)[4]، وهذا رأي جمهور الفقهاء حيث قالوا: ويباع كلّ ما لا ينتفع به فيما حبس فيه من غير المسجد على تفصيل فيه ومن غير العقار عند مالك حيث لا يباع وإن خرب[5].

٣ ـ **حالة الهجر**: وذلك بأن يترك أهل القرية، أو المنطقة وقفهم فيهجر، فعند الحنفية ـ في غير المسجد ـ يعود إلى الواقف، وعند الجمهور يظلّ وقفاً، وعند أحمد يباع نقضه ويصرف إلى مسجد آخر، إن كان مسجداً أو إلى جهة مماثلة[6].

٤ ـ **حالة رجاء منفعة أكبر**: ذهب جماعة من الفقهاء إلى أنه يجوز بيع الوقف إذا رأى الموقوف عليه، أو الناظر للوقف أن غيره أكثر نفعاً وريعاً،

---

(١) الهداية مع فتح القدير (٦/ ٢٤٤ ـ ٢٢٨).
(٢) الغاية القصوى (٢/ ٦٤٩).
(٣) المغني لابن قدامة (٥/ ٦٣١).
(٤) فتح القدير (٦/ ٢٢١).
(٥) يراجع حاشية الدسوقي (٤/ ٩٠ ـ ٩١)، وروضة الطالبين (٥/ ٣٥٧)، ويراجع: د. وهبه الزحيلي: الفقه الإسلامي (٨/ ٢١٩).
(٦) فتح القدير (٦/ ٢٣٧)، والمغني لابن قدامة (٥/ ٦٣١).

فقد جاء في فتح القدير (وروي عن محمد: إذا ضعفت الأرض عن الاستغلال ويجد القيم بثمنها أخرى أكثر ريعاً كان له أن يبيعها ويشتري بثمنها ما هو أكثر ريعاً)[1]، ولكن بعض علماء الحنفية رجحوا عدم الجواز؛ لأن الواجب إبقاء الوقف على ما كان عليه دون زيادة أخرى؛ لأنه لا موجب لتجويزه إذا لم يكن هناك شرط، أو ضرورة، ولا ضرورة في هذا، إذ لا تجب الزيادة فيه بل تبقيه كما كان[2].

وهذا هو رأي جمهور الفقهاء من المالكية[3]، والشافعية[4]، والحنابلة[5]، وذلك لأن الأصل هو تحريم بيع الموقوف، وإنما أبيح لضرورة أو حاجة تنزل منزلة الضرورة، صيانة لمقصود الوقف عن الضياع مع تحقق الانتفاع وإن قلّ، وبذلك يجمع بين الخيرين وهو أولى من التضحية بأحدهما لحساب الآخر، لكن قال الحنابلة: إذا بلغ الوقف في قلة النفع إلى حدّ لا يعدّ نفعاً فيكون وجود ذلك كالعدم فيجوز بيعه وشراء مثيل له يكون أكثر نفعاً[6]، وهذا الرأي له وجاهته ووفاقه مع مقاصد الوقف في الشرع.

٥ ـ **حالة الإتلاف**: لو أتلف الموقوف عليه وعوض فيشتري ببدله مثله ويقوم مقامه[7]، وذهب المالكية إلى أن مَنْ هدم وقفاً تعديًّا فعليه إعادته إلى ما كان عليه ولا تؤخذ قيمته حتى ولو كان المهدوم بالياً؛ لأن الهادم ظالم بتعديه والظالم أحق بالحمل عليه، أما إذا كان خطأً فعليه قيمته هذا ما رآه الخليل وغيره، في حين ذهب الدردير وآخرون إلى أن عليه القيمة مطلقاً

---

(١) فتح القدير (٦/ ٢٢١).

(٢) فتح القدير (٦/ ٢٢٨).

(٣) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٤/ ٩٤).

(٤) الغاية القصوى (٢/ ٦٤٩)، والمغني لابن قدامة (٥/ ٦٣٦).

(٥) المغني لابن قدامة (٥/ ٦٣٤).

(٦) المصدر السابق.

(٧) فتح القدير (٦/ ٢٢٨)، ويراجع الشرح الكبير، وحاشية الدسوقي (٤/ ٩٢).

كسائر المتلفات، وحينئذٍ تجعل تلك القيمة في عقار مثله يجعل وقفاً عوضاً عن المهدوم، وتكون القيمة معتبرة باعتبار البناء قائماً لا مهدوماً[1].

٦ ـ حالة حاجة الوقف إلى التعمير أو الإنفاق وليس له مورد: إذا احتاج الوقف إلى التعمير وليس له مورد لذلك فإن جمهور الفقهاء ذهبوا إلى جواز بيع جزء من الوقف ليعمّر به بقية الوقف لأنه بدون ذلك يتعطل الوقف كله، وما لا يتمّ الواجب إلّا به فهو واجب، وأما الوقف العام[2] إن كان حيواناً ـ مثل الفرس للجهاد ـ يحتاج إلى نفقة فإن هذه النفقة إن لم يرتبها الواقف فعلى بيت المال، فإن عدم، أو لم يمكن الوصول إليه بيع وعوض ببدله سلاح ونحوه مما لا يحتاج إلى نفقة لأنه أقرب لغرض الواقف، كما يباع عندما يصاب الفرس بداء الكلب[3].

٧ ـ الخوف من الغلبة عليه: ذهب جماعة من الفقهاء منهم طائفة من مشايخ الحنفية إلى أنه (إذا خاف المتولي على الوقف من وارث، أو سلطان يغلب عليه قال في النوازل يبيعها ويتصدق بثمنها قال: وكذا كلّ قيّم خاف شيئاً من ذلك) لكنه قال ابن الهمام: (فالفتوى على خلافه، لأن الوقف بعدما صحّ بشرائطه لا يحتمل البيع، وهذا هو الصحيح)[4]، والراجح أن على الناظر البحث عن أي وسيلة تحمي الوقف حتى ولو كانت عن طريق البيع الصوري.

٨ ـ بيع أشجار الوقف حفاظاً على زيادة الثمرة: جاء في الفتاوى الهندية: (أما بيع أشجار الوقف فينظر إن كانت لا تنتقص ثمرة الكرم بظلها

---

(١) مختصر الخليل مع الشرح الكبير وحاشية الدسوقي (٤/ ٩٢).

(٢) أي: إذا كان الوقف لجهة عامة، أما الوقف على معين فتكون نفقته على الموقوف عليه، انظر: حاشية الدسوقي (٤/ ٩٠).

(٣) فتح القدير (٦/ ٢٨٨)، وحاشية ابن عابدين (٣/ ٣٧٦)، وحاشية الدسوقي (٤/ ٩٠)، وروضة الطالبين (٥/ ٣٥٦ ـ ٣٥٧)، والمغني (٥/ ٦٣٢).

(٤) فتح القدير (٦/ ٢٢١)، والفتاوى الهندية (٢/ ٤١٧).

لا يجوز بيعها، وإن كانت تنتقص ثمرة الكرم بظلها ينظر إن كانت ثمرة الشجر تزيد على ثمرة الكرم ليس له أن يبيعها ويقطعها، وإن كانت تنتقص عن ثمرة الكرم فله أن يبيعها، وإن كانت أشجاراً غير مثمرة وتنتقص ثمرة الكرم بظلها فله أن يبيعها ويقطعها، وإن كانت أشجار الدلب والحلان ونحوه مما إذا قطع ينبت ثانياً وثالثاً جاز قطعها وبيعها)[1]، وهذا يدل على أن العبرة بما هو الأصلح للوقف.

٩ ـ **حالة الاشتراط**: وذلك بأن يشترط الواقف عند الوقف أن يكون له أو للقيّم حق الاستبدال بوقف آخر إذا شاء ذلك وكذلك لو اشترط أن يبيعها ويشتري بثمنها أرضاً أخرى، وهذا مذهب أبي يوسف وهلال والخصاف من الحنفية حيث يصح الوقف والشرط معاً، وذهب محمد إلى أن الوقف صحيح والشرط باطل، قال ابن الهمام: (وليس له بعد استبداله مرة أن يستبدل ثانياً لانتهاء الشرط بمرة إلَّا أن يذكر عبارة تفيد له ذلك دائماً، وكذا ليس للقيّم الاستبدال إلَّا أن ينص له بذلك وفي فتاوى قاضيخان: (قول هلال، وأبي يوسف هو الصحيح؛ لأن هذا شرط لا يبطل الوقف؛ لأن الوقف الانتقال من أرض إلى أرض وإذا كان حاصله إثبات وقف آخر لم يكن شرطاً فاسداً هو اشتراط عدم حكمه وهو التأبيد بل هو تأبيد معنى)[2]، بل إن قاضيخان ذكر الإجماع على ذلك فقال: (وأجمعوا على أن الوقف إذا شرط الاستبدال لنفسه يصح الشرط والوقف ويملك الاستبدال، أما بلا شرط أشار في السير إلى أنه لا يملكه إلَّا بإذن القاضي)[3].

وبمثل قول محمد قال جماعة من الفقهاء منهم الظاهرية؛ لأنه شرط ليس في كتاب الله فيكون باطلاً في نظرهم[4]، وبمثل قول أبي يوسف قال

---

(١) الفتاوى الهندية (٢/ ٤١٧).

(٢) فتح القدير (٦/ ٢٢٨)، ويراجع الفتاوى الهندية (٢/ ٣٩٩).

(٣) فتح القدير (٦/ ٢٢٨).

(٤) المحلى (١٠/ ١٨٨).

المالكية حيث أجازوا اشتراط بيع الوقف إن احتاج إليه الواقف ويعمل بشرطه[1].

استبدال المسجد:

يختص المسجد بعدة أحكام لا تتوافر في غيره، فمثلاً عند أبي حنيفة لا يلزم الوقف في غير المسجد إلَّا بحكم الحاكم، أو الإيصاء به، أما المسجد فيلزم بمجرد وقفه حيث لا يبقى له حق الرجوع عنه، لذلك شدد الفقهاء في استبداله، ونذكر هنا بعض نصوصهم، قال المرغيناني الحنفي: (ولو خرب ما حول المسجد واستغنى عنه يبقى مسجداً عند أبي يوسف.. وعند محمد يعود إلى ملك الباني، أو إلى ورّاثه بعد موته؛ لأنه عينه لقربة وقد انقطعت فصار كحصير المسجد وحشيشه إذا استغنى عنه، إلَّا أبا يوسف يقول في الحصير والحشيش أنه ينقل إلى مسجد آخر)[2].

وقد اتفق المالكية والشافعية مع رأي أبي يوسف في أن المسجد يظلّ مسجداً[3]، فلا يجوز بيعه لظاهر النصوص الدالة على عدم جواز بيع الموقوف مثل قول عمر: (فلا يباع أصلها ولا يوهب)[4]؛ لأن ما لا يجوز بيعه مع بقاء منافعه لا يجوز بيعه مع تعطلها، ولكن يجوز نقل آلته وأنقاضه إلى مسجد آخر.

وأما الحنابلة فيرون عدم التفرقة بين المسجد وغيره حيث يباع ويشترى بثمنه مكانٌ آخر ليكون مسجداً بدله، ولأهمية رأيهم ووجود تفاصيل فيه أنقل ما جاء في المغني: (إن الوقف إذا خرب وتعطلت منافعه كدار انهدمت،

---

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/ ٨٩).

(٢) العناية مع فتح القدير (٦/ ٢٣٦ ـ ٢٣٧).

(٣) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٤/ ٩١)، والغاية القصوى (٢/ ٦٤٩)، والروضة (٥/ ٣٥٧).

(٤) انظر الحديث في: صحيح البخاري مع الفتح (٥/ ٣٩٩)، ومسلم (٣/ ١٢٥٥).

أو أرض خربت وعادت مواتاً ولم تمكن عمارتها، أو مسجد انتقل أهل القرية عنه وصار في موضع لا يصلى فيه، أو ضاق بأهله ولم يمكن توسيعه في موضعه، أو تشعب جميعه فلم يمكن عمارته، ولا عمارة بعضه إلَّا ببيع بعضه، جاز بيع بعضه لتعمّر به بقيته، وإن لم يمكن الانتفاع بشيء منه بيع جميعه)، وأضاف الحنابلة إلى ما سبق حالة الخوف من اللصوص في رواية صالح عن أحمد، وكذلك إذا كان موضعه قذراً يمنع من الصَّلاة فيه[١].

وقد حقق شيخ الإسلام ابن تيمية مذهب أحمد في هذه المسألة[٢] تحقيقاً طيباً نذكره لأهميته بإيجاز مع التعليق عليه إن احتاج إلى ذلك حيث ذكر أن مذهب أحمد في غير المسجد أنه يجوز بيعه للحاجة، وأما المسجد فيجوز بيعه أيضاً للحاجة في أشهر الروايتين عنه، وفي الأخرى: لا تباع عرصته، بل تنقل آلتها إلى موضع آخر.

فالمسجد الموجود ببلدة أو محلة إذا تعذر انتفاع أهلها بيع وبني بثمنه مسجد آخر في موضع آخر كما في زيت المسجد وحصره إذا استغنى عنها المسجد صُرِف إلى مسجد آخر، بل يجوز عند أحمد صرفها في فقراء الجيران، واحتج على ذلك بأن عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ كان يقسم كسوة الكعبة بين المسلمين؛ لأن المسلمين هم المستحقون لمنفعة المساجد، واحتج أيضاً لصرفها في نظير ذلك: بأن علي بن أبي طالب ـ رضي الله عنه ـ جمع مالاً لمكاتب، ففضلت فضلة عن قدر كتابته فصرفها في مكاتب آخر، بأن المعطين أعطوا المال للكتابة، فلما استغنى المعين صرفها في النظير.

والمقصود أن أحمد بن حنبل ـ رحمه الله ـ اختلف قوله في بيع المسجد عند عدم بيع الانتفاع به، ولم يختلف قوله في بيع غيره عند الحاجة، قال في رواية ابنه عبد الله: إذا خرب المسجد يباع، وينفق ثمنه على مسجد

---

(١) المغني لابن قدامة (٥/ ٦٣٢).

(٢) مجموع الفتاوى (٣١/ ٢١٢).

آخر، وإذا كان الوقف داراً فخربت وبطل الانتفاع بها بيعت وصرف ثمنها إلى شراء دار ويجعل مكانها وقفاً(١).

وأما إبدال المسجد بغيره للمصلحة مع إمكان الانتفاع بالأوَّل ففيه قولان في مذهب أحمد، واختلف أصحابه في ذلك، لكن الجواز أظهر في نصوصه، وأدلته، منها ما ورد أنه لما قدم عبد الله بن مسعود ـ رضي الله عنه ـ على بيت المال كان سعد بن مالك قد بنى القصر، واتخذ مسجداً عند أصحاب التمر، قال: فنقب بيت المال، فأخذ الذي نقبه، فكتب إلى عمر بذلك، فكتب عمر: (أن لا تقطع الرجل، وانقل المسجد، واجعل بيت المال قبلته، فإنه لن يزال في المسجد مصلي، فنقله عبد الله فخطّ له هذه الخطة) قال صالح: قال أبي: يقال: إن بيت المال نقب من مسجد الكوفة فحول عبد الله بن مسعود المسجد، فوضع التمَّارين اليوم في موضع المسجد العتيق، وصار سوق التمَّارين في موضعه(٢).

قال صالح: وسألت أبي عن رجل بنى مسجداً، ثمَّ أراد تحويله إلى موضع آخر؟ قال: إن كان الذي بنى مسجداً يريد أن يحوله خوفاً من اللصوص، أو يكون في موضع قذر فلا بأس أن يحوله، وسئل أبو عبد الله: هل يحول المسجد؟ قال: إذا كان ضيقاً لا يسع أهله فلا بأس أن يجعل إلى موضع أوسع منه.

وقال عبد الله: سألت أبي عن مسجد خرب: ترى أن تباع أرضه، وينفق على مسجد آخر أحدثوه؟، قال: (إذا لم يكن له جيران ولم يكن أحد يعمره فلا أرى به بأساً أن يباع وينفق على الآخر).

وقال القاضي أبو يعلى: وقال في رواية أبي داود في مسجد أراد أهله أن يرفعوه من الأرض، ويجعل تحته سقاية وحوانيت، وامتنع بعضهم عن

---

(١) مجموع الفتاوى (٣١/ ٢١٤).
(٢) المرجع السابق (٣١/ ٢١٥ ـ ٢١٦ ـ ٢١٧).

ذلك؟ قال: ينظر إلى قول أكثرهم، ولا بأس به، قال أبو يعلى: فظاهر هذا أنه أجاز أن يحمل هذا على أن الحاجة دعت إلى ذلك لمصلحة تعود إلى المسجد[١].

ثمَّ ذكر أن بعض أصحاب المذهب حاول التكلف في حمل رواية أحمد هذه حالة الابتداء قبل بناء المسجد، فقال: (وهذا تكلف ظاهر لمخالفة نصّه، فإنه نصّ صريح في المسجد المبني، وليس في ابتداء بناء المسجد؛ لأن الأخير لا نزاع فيه)[٢].

ثمَّ ردّ ابن تيمية على من قال بعدم جواز النقل والإبدال إلَّا عند تعذر الانتفاع بأنه ليس لهم على ذلك حجة شرعية، ولا مذهبية، بل دلت الأدلة الشرعية وأقوال صاحب المذهب على خلاف ذلك، وقد قال أحمد: (إذا كان المسجد يضيق بأهله فلا بأس أن يحول إلى موضع أوسع منه، وضيقه بأهله لم يعطل نفعه، بل نفعه باق كما كان، ولكن الناس زادوا، وقد أمكن أن يبنى لهم مسجد آخر، وليس من شرط المسجد أن يسع جميع الناس، ومع هذا جوّز تحويله إلى موضع آخر؛ لأن اجتماع الناس في مسجد واحد أفضل من تفريقهم في مسجدين؛ لأن الجمع كلما كان أكثر كان أفضل، لقول النبي ﷺ: «**صلاة الرجل مع الرجل أزكى من صلاته وحده، وصلاته مع رجلين أزكى من صلاته مع الرجل، وما كان أكثر فهو أحبّ إلى الله تعالى**»[٣].

وقد أمر عمر ـ رضي الله عنه ـ بنقل مسجد الكوفة إلى مكان آخر، وصار الأوَّل سوق التمارين للمصلحة الراجحة، لا لأجل تعطل منفعة تلك

(١) المصدر السابق (٣١/ ٢١٧).
(٢) المصدر السابق (٣١/ ٢١٩).
(٣) رواه أبو داود في سننه، كتاب الصَّلاة مع عون المعبود (٢/ ٢٦٠)، وأحمد في مسنده (٥/ ١٤٥).

المساجد، فإنه لم يتعطل نفعها، بل ما زال باقياً، وقد فعل عمر ذلك بمشهد الصحابة ولم يرد إلينا أنه اعترض عليه أحد، بل نفذه الصحابي الجليل عبد الله بن مسعود ـ رضي الله عنه ـ فكان ذلك إجماعاً؛ لأن الصحابة ـ رضي الله عنهم ـ ما كانوا يسكتون لو كان ذلك غير جائز، والتأريخ شاهد على اعتراضاتهم على كلّ ما كان منكراً حتى ولو في نظر بعضهم، فقد اعترضت المرأة على عمر حينما أراد تحديد المهر، واعترضوا على عثمان لأنه كان يتم الصَّلاة في الحج.

واحتج ابن تيمية أيضاً بما روى أبو حفص في المناسك عن عائشة ـ رضي الله عنها ـ أنه قيل لها: يا أم المؤمنين! إن كسوة الكعبة قد يداول عليها؟ فقالت: تباع، ويجعل ثمنها في سبيل الخير، فأمرت عائشة ببيع كسوة الكعبة مع أنها وقف، وصرف ثمنها في سبيل الخير، لأن ذلك أصلح للمسلمين[1].

وقد انتهى شيخ الإسلام ابن تيمية إلى أن بيع الوقف والتعويض بثمنه يجوز إذا كان ذلك أصلح وأنفع دون الحاجة إلى تقيد الجواز بالضرورة، أو تعطل الانتفاع بالكلية، فالمسوغ للبيع والتعويض هو نقص المنفعة وذلك يتحقق بكون العوض أصلح وأنفع، أو للحاجة التي يقصد بها هنا تكميل الانتفاع، فإن المنفعة الناقصة يحصل معها عوز يدعوها إلى كمالها فهذه هي الحاجة من مثل هذا مثلما أجيز لبس الحرير المحرم على الرجال لأجل الحكة[2] (الحساسية).

وقد استدل كذلك بما فعله عمر وعثمان من تغيير بناء مسجد النبي ﷺ، ووجه الاستدلال بذلك أن اللبن والجذوع التي كانت وقفاً أبدلها الخلفاء الراشدون بغيرها، وهذا من أعظم ما يشتهر من القضايا ولم ينكره منكر،

---

(١) مجموع الفتاوى (٣١/ ٢٢٢ ـ ٢٢٣).
(٢) مجموع الفتاوى (٣١/ ٢٢٥ ـ ٢٢٦).

ولا فرق بين إبدال البناء ببناء، وإبدال العرصة بعرصة، إذا اقتضت المصلحة ذلك، لهذا أبدل عمر مسجد الكوفة بمسجد آخر، أبدل نفس العرصة، وصارت العرصة الأولى سوقاً للتمّارين بعد أن كانت مسجداً، وهذا أبلغ ما يكون في إبدال الوقف للمصلحة[1].

ويدل على ذلك أيضاً ما ثبت أن رسول الله ﷺ جوَّز إبدال المنذور بخير منه فقد روى أحمد وأبو داود والدارمي، وابن الجارود، وأبو يعلى، والبيهقي بسند صحيح عن جابر بن عبد الله ـ رضي الله عنهما ـ: «أن رجلاً قام يوم الفتح، فقال: يا رسول الله إني نذرت لله إن فتح الله عليك مكة أن أصلي في بيت المقدس ركعتين، قال: **صلّ ههنا**، ثمَّ أعاد عليه، فقال: **صلّ ههنا**، ثمَّ أعاد عليه، فقال: شأنك إذن»[2].

وهناك أحاديث وآثار أخرى تدل على ذلك منها ما رواه مسلم في صحيحه بسنده عن ابن عباس ـ رضي الله عنهما ـ: (أن امرأة شكت شكوى، فقالت: لو شفاني الله فلأخرجنَّ فلأصلينَّ في بيت المقدس، فبرأت، ثمَّ تجهزت تريد الخروج فجاءت ميمونة تسلم عليها، وأخبرتها بذلك، فقالت: اجلسي، فكلي ما صنعت، وصلِّي في مسجد رسول الله ﷺ فإني سمعت رسول الله ﷺ يقول: «**صلاة فيه أفضل من ألف صلاة فيما سواه من المساجد إلَّا مسجد الكعبة**»)[3].

قال ابن تيمية: وهذا هو مذهب عامة العلماء ومعلوم أن النذر يوجب

---

(١) مجموع الفتاوى (٣١/ ٢٤٤).

(٢) سنن أبي داود الحديث (٣٣٠٥)، والدارمي (٢/ ١٨٤)، والبيهقي (١٠/ ٨٢)، وابن الجارود الحديث (٩٤٥)، وقد صحح الحديث ابن دقيق العبد، والألباني في الإرواء الحديث (٢٥٩٧).

(٣) صحيح مسلم (٢/ ١٠١٢)، وأحمد في مسنده (٢/ ١٦، ٦٨، ٦٩، ١٠٢)، و(٤/ ٥).

عليه ما نذره لله تعالى من الطاعة، ومع ذلك فإن الشارع بيّن أن البدل الأفضل يقوم مقام هذا، وكذلك الأمر بالنسبة للحيوانات التي تجب فيها الزكاة حيث تجزىء سنٌّ أعلى من الواجب في مذهب عامة أهل العلم، فثبت أن إبدال الواجب بخير منه جائز، بل يستحب فيما وجب بإيجاب الشرع، وبإيجاب العبد[1]، والخلاصة أن الإبدال للحاجة، أو المصلحة راجحة، وبما هو خير من الأصل جائز تضافرت عليه الأدلة المعتبرة.

وقد استدل الحنابلة على ذلك بالآثار والمعقول:

أمَّا الآثار، فمنها: (أن عمر ـ رضي الله عنه ـ كتب إلى سعد لما بلغه أنه قد نقب بيت المال الذي بالكوفة: انقل المسجد الذي بالتمّارين واجعل بيت المال في قبلة المسجد، فإنه لا يزال في المسجد مصلى)[2]، قال ابن قدامة: (وكان هذا بمشهد من الصحابة ولم يظهر خلافه فكان إجماعاً)[3].

ومنها: ما رواه البيهقي والخلال عن علي بن أبي عبد الله المديني عن أبيه عن علقمة عن أمه قالت: (دخل شيبة بن عثمان الحجي على عائشة ـ رضي الله عنها ـ فقال: يا أم المؤمنين إن ثياب الكعبة تجتمع علينا فتكثر فنعمد إلى آبار فنحفرها، فنعمقها، ثمَّ تدفن ثياب الكعبة فيها كيلا يلبسها الجنب والحائض، فقالت له عائشة ـ رضي الله عنها ـ: ما أحسنت ولبئس ما صنعت، إن ثياب الكعبة إذا نزعت لم يضرها إن لبسها الجنب والحائض، ولكن بعها واجعل ثمنها في المساكين وفي سبيل الله، قالت: فكان شيبة بعد ذلك يرسل بها إلى اليمن فتباع هناك، ثمَّ يجعل ثمنها في المساكين وفي سبيل الله وابن السبيل)[4].

---

(١) مجموع الفتاوى (٢٤٦/٣١ ـ ٢٤٩).

(٢) المغني لابن قدامة (٦٣٢/٥ ـ ٦٣٣).

(٣) المرجع السابق.

(٤) السنن الكبرى (١٥٩/٥).

واستدلوا كذلك بأن مصلحة الواقف تقتضي أن تبقى آثار الوقف بأية صورة ممكنة، حيث إن ذلك أحسن وأفضل من أن يترك الوقف مهملاً دون الاستفادة منه، ولذلك قال ابن عقيل: (الوقف مؤبد فإذا لم يمكن تأبيده على وجه يخصصه استبقاء الغرض وهو الانتفاع على الدوام في عين أخرى، وإيصال الإبدال جرى مجرى الأعيان، وجمودنا على العين مع تعطلها تضييع للغرض، ويقرب هذا من الهدي إذا عطب في السفر فإنه يذبح في الحال وإن كان يختص بموضع، فلما تعذر تحصيل الغرض بالكلية استوفى منه ما أمكن وترك مراعاة المحل الخاص عند تعذره؛ لأن مراعاته مع تعذره تقضي إلى فوات الانتفاع بالكلية وهكذا الوقف المعطل المنافع)[1].

والراجح هو قول الحنابلة في المساجد وغيرها؛ لأن الوقف وإن كان فيه الأجر والثواب لكنه معقول المعنى، وليس من العبادات المحضة التي لا يبحث فيها عن العلل والمقاصد، فمقاصد الشارع، وكذلك مقاصد الواقف واضحة في أن يستمر الثواب والأجر إلى ما شاء الله، ولذلك سمي بالصدقة الجارية، ولذلك يجب الحفاظ على العين وعدم استبدالها ما دامت العين الموقوفة تحقق الغرض المنشود والقصد المطلوب، وهو الانتفاع بها بالشكل المطلوب، فإذا لم تعد قادرة على تحقيق ذلك الغرض بأن كان مسجداً للصلاة فترك منطقته أهلها، أو كان فرساً للجهاد فكبرت فحينئذٍ فنحن أمام أحد الأمرين:

إمّا أن نترك ذلك بحيث لم يعد المسجد ينتفع به، وينتهي الفرس إلى الموت، وحينئذٍ انقطع أجر الواقف.

وإمّا أن نتدارك الموقف فنبيع المسجد ونشتري به مكاناً آخر ليتحول إلى مسجد، وإن كان أصغر من الأوَّل، ونبيع الفرس ونشتري بثمنها فرساً أخرى

---

(١) المغني (٥/ ٦٣٣).

أو حتى جزءاً منها أو أسلحة للجهاد، فلا شك أن الاختيار الثَّاني هو الأفضل؛ لأنه يؤدي إلى الانتفاع من السابق، بل يؤدي إلى استمرارية الوقف وتأبيده من حيث الغرض والقصد والنتيجة، ولذلك قال أبو بكر الخلال في ترجيح القول بجواز البيع: (لإجماعهم على جواز بيع الفرس الحبيس يعني الموقوفة على الغزو إذا كبرت فلم تصلح للغزو، وأمكن الانتفاع بها في شيء آخر مثل أن تدور في الرحا، أو تكون الرغبة في نتاجها، أو حصاناً يتخذ للطرّاق فإنه يجوز بيعها ويشتري بثمنها ما يصلح للغزو)[1].

وقال ابن قدامة: (لأن المقصود استبقاء منفعة الوقف الممكن استبقاؤها وصيانتها من الضياع، ولا سبيل إلى ذلك إلَّا بهذه الطرق)[2].

حالة عدم الانتفاع بالمسجد:

هناك حالات لا ينتفع فيها بالمسجد مثل مسجد بني، ثمَّ انهدم من خشبه أو قصبه أو شيء من نقضه فإنه لا يباع، وإنما يعان به مسجد آخر، هكذا نصّ عليه أحمد وهكذا الحكم عندما يفضل من حصر المسجد وزيته ولا يحتاج إليه فيجوز أن يجعل في مسجد آخر أو يتصدق من ذلك على فقراء جيرانه وغيرهم، وكذلك إن فضل من قصبه أو شيء من نقضه، قال المروزي: (سألت أبا عبد الله عن بواري المسجد إذا فضل منه الشيء، أو الخشبة، قال: يتصدق به، وأرى أنه قد احتج بكسوة البيت إذا انخرقت تصدق بها، وقال في موضع آخر: قد كان شيبة يتصدق بخلقان الكعبة)[3]، ولكن إذا لم تتحقق المنفعة بهذا التحويل فيجوز البيع وصرف ثمنه في خدمة المساجد.

---

(١) المغني لابن قدامة (٥/ ٦٣٢).
(٢) المرجع السابق.
(٣) المغني لابن قدامة (٥/ ٦٣٢).

عدم بيع العقار الموقوف عند مالك:

لا يجوز بيع العقار المحبوس عند مالك وإن خرب ونقص، ولو بيع بعقار آخر صالح إلَّا لتوسيع مسجد جامع، أو الطريق، أو المقبرة، حيث قال في المدونة: (ولا يباع العقار الحبس ولو خرب، وبقاء أحباس السلف دائرة دليل على منع ذلك)، قال الدسوقي: (ورد المصنف بالمبالغة بقوله: «وإن خرب» على رواية أبي الفرج عن مالك: إن رأى الإمام بيع ذلك لمصلحة جاز ويجعل ثمنه في مثله وهو مذهب أبي حنيفة أيضاً)[1]، بل هو مذهب الحنابلة كما سبق.

وقد علَّق الدردير على ذلك: (وهذا في الوقف الصحيح، وأما الباطل كالمساجد والتكايا التي بناها الملوك والأمراء بقرافة مصر، ونبشوا مقابر المسلمين، وضيقوا عليهم فهذه يجب هدمها قطعاً ونقضها وتباع لمصالح المسلمين أو يبنى بها مساجد في محل جائز، أو قنطرة لنفع العامة، ولا تكون لوارثهم إن علم، إذ هم لا يملكون منها شيئاً، وأين لهم ملكها وهم السمّاعون للكذب الأكّالون للسحت يكون الواحد منهم عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء وهو كَلٌّ على مولاه، فإذا استولى بظلمه على المسلمين سلبهم أموالهم وصرفها فيما يغضب الله ورسوله وأما أوقافهم بوسط البلد فهي نافذة لأنها من مصالح المسلمين)[2].

ثمن الوقف:

في حالة جواز بيع الوقف أو جزء منه (حسب الحالات السابقة) فما الذي يجب أن يتجه إليه ثمن الوقف؟ للإجابة عن ذلك نقول: إن فيه تفصيلاً يتلخص فيما يأتي:

---

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/ ٩١).

(٢) الشرح الكبير على مختصر خليل مع الدسوقي (٤/ ٩١).

١ ـ إذا بيع جزء من الوقف فإنه يصرف على تعمير الباقي أولاً، وإذا زاد عن ذلك فيوزع على مستحقيه، وإذا كان مسجداً فيصرف عليه وعلى مصالحه.

٢ ـ إذا بيع الوقف كله للأسباب السابقة فإن ثمنه لا بدّ أن يوجه إلى مثل له حسب الإمكان، فإن كان مسجداً يبنى به مسجد آخر في مكان مناسب، وإن كان داراً أو عمارة، أو نحو ذلك يبنى به ما هو مثله في الغرض حتى يؤدي دوره للمستحقين، وإن كان فرساً للجهاد يشترى بثمنها فرس أخرى للجهاد، أو أي شيء من وسائل الجهاد، وهكذا[(١)].

هذا إذا وفّى ثمن الوقف بشراء وقف آخر مثله، فإذا لم يفِ بذلك يوجه الثمن للمساهمة في شراء وقف آخر مثله، نصّ عليه أحمد؛ لأن المقصود استبقاء منفعة الوقف الممكن استبقاؤها وصيانتها من الضياع، ولا سبيل إلى ذلك إلّا بهذا الطريق[(٢)].

٣ ـ إذا كان الموقوف شجرة جفّت، أو قلعتها الريح، يباع ما بقي، ويصرف الثمن إلى الموقوف عليه في وجه عند الشافعية، أو يشترى به شجرة أو شقص من جنسها أو فسيل يغرس ليكون وقفاً في الوجه الثّاني عندهم[(٣)].

٤ ـ إذا كان الوقف حصر المسجد، أو أخشابه، أو أستار الكعبة ولم يبق فيها منفعة ولا جمال تباع ويصرف ثمنها في مصالح المسجد عند جماعة من الفقهاء، قال النووي: (والقياس أن يشترى بثمن الحصر حصير قال الإمام: وإذا جوّزنا البيع فالأصح صرف الثمن إلى جهة الوقف)[(٤)]،

---

(١) يراجع المغني لابن قدامة (٥/ ٦٣٣)، والروضة (٥/ ٣٥٦ ـ ٣٥٧)، والشرح الكبير مع الدسوقي (٤/ ٩٠).

(٢) يراجع لتفصيل هذه الأحكام: فتح القدير مع شرح العناية (٦/ ٢٣٦)، والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٤/ ٩١)، والروضة (٥/ ٣٥٦ ـ ٣٥٧)، والمغني (٥/ ٦٣٣).

(٣) الروضة (٥/ ٣٥٦).

(٤) الروضة (٥/ ٣٥٧).

ثمَّ قال الرافعي: (جميع ما ذكرناه في حصر المسجد ونظائرها هو فيما إذا كانت موقوفة على المسجد، أما ما اشتراه الناظر للمسجد، أو وهبه له واهب وقبله الناظر فيجوز بيعه عند الحاجة بلا خلاف. قال النووي: هذا إذا اشتراه الناظر ولم يقفه، أما إذا وقفه فإنه يصير وقفاً وتجري عليه أحكام الوقف)[1].

ومع هذا الترتيب فإن الشيء الذي يدور معه الوقف هي المصلحة الراجحة وما يحقق مقاصد الشرع ثمَّ الواقف.

شروط الاستبدال:

يشترط في الاستبدال ما يلي:

١ ـ أن لا يكون في الاستبدال غبن فاحش لجهة الوقف وذلك لأن الغبن الفاحش يؤثر في عقد الوقف فيجعله باطلاً عند البعض، وغير لازم عند جماعة من الفقهاء قال ابن عابدين: (إن بيع الوصي مال اليتيم بغبن فاحش باطل، وقيل: فاسد، ورجح وعلى هذا قيم الوقف)[2]، وجاء في الفتاوى الهندية: (وإن باعه؛ أي: الوقف بما لا يتغابن الناس فيه فالبيع باطل كذا في المحيط)[3].

٢ ـ أن لا يكون في الاستبدال تغرير وغش، وإلَّا فيكون بيع الموقوف وشراؤه باطلين، أو فاسدين أو غير لازمين على اختلاف بين الفقهاء[4].

---

(١) الروضة (٥/ ٣٥٨).

(٢) يراجع حاشية ابن عابدين (٥/ ٥٩)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/ ١٤٠)، وشرح ابن مياده الفاسي على تحفة الأحكام (٢/ ٣٨ ـ ٤٠)، ويراجع لمزيد من التفصيل في إحكام الغبن: مبدأ الرضا والعقود، دراسة مقارنة، ط دار البشائر الإسلامية، بيروت (٢/ ٧٤٢).

(٣) الفتاوى الهندية (٢/ ٤٠٠).

(٤) يراجع مبدأ الرضا في العقود ـ دراسة مقارنة (١/ ٦٠٠ ـ ٧٠٤).

٣ ـ أن لا يكون في الاستبدال تهمة؛ أي: بأن لا يكون هناك قرائن تدل على وجود محاباة، أو تحقيق مصالح للقيّم، أو لأقاربه.

٤ ـ أن لا يتّم الاستبدال بدين مؤجل، لاحتمال ضياعه بسبب المماطلة، أو عدم القدرة على الأداء[١]، أما إذا وجدت مصلحة في الاستبدال بالدين على مليء غير مماطل فلا مانع منه.

٥ ـ أن يكون الاستبدال إمّا بنقد يشترى به وقف آخر، أو بعقار ليحل محله، حفاظاً على الوقف[٢] حتى لا يسهل أكلها.

٦ ـ أن يتم البيع عن طريق قاضي الجنة حسب تعبير الحنفية[٣]؛ أي: القاضي العادل، لئلا يؤدي إلى التساهل في أوقاف المسلمين إلّا في بعض حالات يجوز للقيّم العادل أن يقوم هو ببيع الموقوف مثل أن يرغب إنسان في العين الموقوفة ـ غير المسجد ـ ببدل أكثر غلة وأحسن مكاناً فيجوز على قول أبي يوسف وعليه الفتوى[٤].

الخلاصة:

فقد ظهر مما سبق أن الفقهاء مختلفون في جواز الاستبدال والإبدال[٥]، وأن أوسع المذاهب في هذه المسألة الحنابلة فالحنفية،

---

(١) الفتاوى الهندية (٢/ ٤٠٠)، ويراجع خلاصة أحكام الوقف في الفقه الإسلامي للشيخ علي حسب الله، ط دار البيان العربي ١٩٥٦م بالقاهرة (٣٢ ـ ٣٣)، ود. خليفة بابكر الحسن: (استثمار موارد الأوقاف)، بحث ضمن بحوث الدورة الثّانية عشر لمجمع الفقه الإسلامي الدولي (ص١٨).

(٢) الفتاوى الهندية (٢/ ٤٠٠).

(٣) الإسعاف (٢٢)، والفتاوى الهندية (٢/ ٤٠١).

(٤) المصادر السابقة، ويراجع الفقه الإسلامي وأدلته (٨/ ٢٢٢).

(٥) جرى الموقفون المتأخرون على ضبط شروط الواقفين على تنميتها بالشروط العشرة وهي: الإعطاء والحرمان، والإدخال والإخراج، والزيادة والنقصان، والتبديل =

وأن أضيقها المالكية، فالشافعية، فقد أجاز الحنابلة والحنفية الاستبدال في عدَّة حالات، في حين أن المالكية لم يجيزوا بيع العقار الموقوف مطلقاً إلَّا لتوسعة الجامع، أو الطريق، أو المقبرة، وهم والشافعية لم يجيزوا بيع المسجد مطلقاً، لكن الحنفية يختلفون من حيث المنهجية عن الحنابلة فهم وإن وسعوا في دائرة جواز الاستبدال لكم مذهبهم في غير المسجد أن الحق في البيع للواقف نفسه حيث له الرجوع، أو للقاضي، كما أن الوقف عندهم غير لازم إلَّا في المسجد بعد إفرازه والصَّلاة فيه فأبو حنيفة يرى أن ملك الواقف لا يزول عن الوقف إلَّا أن يحكم به الحاكم أو يعلقه بموته، ومحمد يرى أنه لا يزول حتى يجعل للوقف وليًّا ويسلمه إليه، وأبو يوسف مع الجمهور في اللزوم بالقول فقط، لكن الحنابلة يقولون بلزوم الوقف ومع ذلك وسعوا دائرة الاستبدال وهو الأرجح كما سبق. وفي حالة البيع يختلف الأمر عند الحنابلة الذين يقولون بصرف الثمن في الإتيان بمثل الوقف، أو لجهة الاستحقاق، في حين أن الحنفية ـ ما عدا أبا يوسف ـ يعطون الحق للواقف في البيع إذا شرطه لنفسه بل إن محمداً يرى رجوع المسجد بعد خرابه إلى الواقف ويخرج عن الوقف ـ كما سبق ـ، والذي يظهر لنا رجحانه هو رأي الحنابلة مع التوسع في دائرة الصرف حسب المصلحة الراجحة.

= والتغيير، والإبدال والاستبدال، والمقصود بالإبدال هو المقابضة بين العين الموقوفة وعين أخرى، والاستبدال هو بيع العين الموقوفة بنقود وشراء عين أخرى بتلك النقود، يراجع الشيخ الصديق الضرير: فقه الوقف في الإسلام (ص١٣)، ود. خليفة بابكر الحسن، بحث ضمن بحوث الدورة الثَّانية عشر لمجمع الفقه الإسلامي الدولي (ص١٦)، ويراجع د. وهبه الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته (٨/ ٢١٩).

تنمية موارد الوقف عن طريق الاستثمار

التعريف بالاستثمار في اللغة والاصطلاح:

الاستثمار في اللغة: مصدر استثمر يستثمر وهو للطلب بمعنى طلب الاستثمار، وأصله من الثمر وهو له عدَّة معان منها ما يحمله الشجر وما ينتجه، ومنها الولد حيث قال: الولد ثمرة القلب، ومنها أنواع المال.

ويقال: ثَمر ـ بفتح الميم ـ الشجر ثموراً؛ أي: أظهر ثمره، وثمر الشيء؛ أي: نضج وكمل، ويقال: ثمر ماله أي كثر، وأثمر الشجر؛ أي: بلغ أوان الإثمار، وأثمر الشيء؛ أي: أتى نتيجته، وأثمر ماله ـ بضم اللام ـ أي: كثر، وأثمر القوم: أطعمهم الثمر، ويقال: استثمر المال وثمّره ـ بتشديد الميم ـ أي: استخدمه في الإنتاج، وأما الثمرة فهي واحدة الثمر فإذا أضيفت إلى الشجر فيقصد بها حمل الشجر، وإلى الشيء فيراد بها فائدته، وإلى القلب فيراد بها مودته وجمع الثمرة: ثَمَر ـ بفتح الثاء والميم ـ وثُمر ـ بضمهما ـ ثمار وأثمار[(1)].

وقد وردت كلمة: أثمر، وثمرة، وثمرات، أربعاً وعشرين مرة في القرآن الكريم منها قوله تعالى: ﴿ٱنظُرُوٓاْ إِلَىٰ ثَمَرِهِۦٓ إِذَآ أَثۡمَرَ وَيَنۡعِهِۦٓۚ إِنَّ فِي ذَٰلِكُمۡ لَأٓيَٰتٖ لِّقَوۡمٖ يُؤۡمِنُونَ﴾[(2)]؛ أي: انظروا إلى ثمار تلك الأشجار والنباتات، ونضجها للوصول إلى الإيمان الكامل بالله تعالى حيث يحمل ذلك عجائب قدرته، ومنه قوله تعالى: ﴿وَهُوَ ٱلَّذِيٓ أَنشَأَ جَنَّٰتٖ مَّعۡرُوشَٰتٖ وَغَيۡرَ مَعۡرُوشَٰتٖ وَٱلنَّخۡلَ وَٱلزَّرۡعَ مُخۡتَلِفًا أُكُلُهُۥ وَٱلزَّيۡتُونَ وَٱلرُّمَّانَ مُتَشَٰبِهٗا وَغَيۡرَ مُتَشَٰبِهٖۚ كُلُواْ مِن ثَمَرِهِۦٓ إِذَآ أَثۡمَرَ وَءَاتُواْ حَقَّهُۥ يَوۡمَ حَصَادِهِۦۖ وَلَا تُسۡرِفُوٓاْۚ إِنَّهُۥ لَا يُحِبُّ ٱلۡمُسۡرِفِينَ﴾[(3)]، حيث امتن الله تعالى

---

(١) يراجع لسان العرب، ط دار المعارف، والقاموس المحيط، والمعجم الوسيط مادة: «ثمر».

(٢) سورة الأنعام: الآية ٩٩.

(٣) سورة الأنعام: الآية ١٤١.

علينا بالثمار وأمرنا أن نأكل من ثمار هذه الأشجار والنباتات عندما تثمر وتنتج، وأن نعطي حقها (وهو الزكاة) عند حصادها للمستحقين، كما أمرنا بأن لا نسرف في الباقي وهذا يدل على أن حق الملكية ليس حقاً مطلقاً، بل مقيد بضوابط الشرع. وفي هذه الآية وآيات أخرى أسند الله تعالى الإثمار إلى الشجر والنبات نفسيهما مما يدل على أهمية العناية بالسنن والأسباب الظاهرة التي لها تأثير على النمو والثمر والنضج مع أن الفاعل الحقيقي هو الله تعالى ولذلك أكَّد هذه الحقيقة في آيات أخرى فقال: ﴿وَأَنزَلَ مِنَ ٱلسَّمَآءِ مَآءً فَأَخْرَجَ بِهِۦ مِنَ ٱلثَّمَرَٰتِ رِزْقًا لَّكُمْ﴾[1]، وقوله تعالى: ﴿رَبِّ ٱجْعَلْ هَٰذَا بَلَدًا ءَامِنًا وَٱرْزُقْ أَهْلَهُۥ مِنَ ٱلثَّمَرَٰتِ﴾[2].

ويلاحظ أن القرآن الكريم أطلق (في الغالب) الثمر أو الثمرة، أو الثمرات على ما تنتجه الأشجار والنباتات مثل قوله تعالى: ﴿وَنَقْصٍ مِّنَ ٱلْأَمْوَٰلِ وَٱلْأَنفُسِ وَٱلثَّمَرَٰتِ﴾[3]، ولم يطلق على ما تنتجه التجارة من أرباح إلَّا إذا عَمَّمْنا المراد بقوله تعالى: ﴿أَوَلَمْ نُمَكِّن لَّهُمْ حَرَمًا ءَامِنًا يُجْبَىٰٓ إِلَيْهِ ثَمَرَٰتُ كُلِّ شَىْءٍ﴾[4].

وقد وردت هذه الكلمة أيضاً في السنة كثيراً وهي لا تعدو معانيها عن ثمار الأشجار والنباتات، منها قوله ﷺ: «**نهى عن بيع الثمر حتى يزهو**»[5]، وقوله ﷺ: «**اللَّهُمَّ ارزقنا من ثمرات الأرض**»[6]، وغير ذلك.

---

(١) سورة البقرة: الآية ٢٢.

(٢) سورة البقرة: الآية ١٢٦.

(٣) سورة البقرة: الآية ١٥٥.

(٤) سورة القصص: الآية ٥٧.

(٥) متفق عليه، انظر: صحيح البخاري مع الفتح، كتاب البيوع (٤/ ٣٩٨)، ومسلم، كتاب المساقاة (٣/ ١١٩٠).

(٦) مسند أحمد (٣/ ٣٤٢).

الاستثمار في الاصطلاح: ورد لفظ «التثمير» في عرف الفقهاء عندما تحدثوا عن السفيه والرشيد فقالوا: الرشيد هو القادر على تثمير أمواله وإصلاحه، والسفيه هو غير ذلك، قال الإمام مالك: (الرشد: تثمير المال، وإصلاحه فقط)[١]، وأرادوا بالتثمير ما نعني بالاستثمار اليوم[٢]. وأما لفظ الاستثمار فلم يرد في كتب اللغة بمعناه الاقتصادي، ولذلك في معجم الوسيط: الاستثمار: استخدام الأموال في الإنتاج إما مباشرة بشراء الآلات، وإما بطريقة غير مباشرة كشراء الأسهم والسندات ثمَّ وضع رمز (مج) الذي يدل على أن هذا المعنى هو من وضع مجمع اللغة[٣].

حكم الاستثمار:

الذي يظهر من النصوص الشرعية ومقاصدها العامة أن الاستثمار مباح ومشروع بأصله على مستوى الفرد بل نستطيع القول بأنه ترد عليه الأحكام التكليفية من حيث عوارضه ووسائله لكنه ـ من حيث المبدأ ـ واجب كفائي على الأمة في مجموعهم؛ أي: أنه لا يجوز للأمة أن تترك الاستثمار.

ذلك لأن النصوص الشرعية متضافرة في أهمية المال في حياة الفرد والأمة، وتقديم المال على النفس في جميع الآيات التي ذكر فيها الجهاد والأموال والأنفس إلَّا في آية واحدة في سورة التوبة، الآية الحادية عشرة بعد المائة، حيث قدمت الأنفس؛ لأنها تتحدث عن الشراء، وامتنان الله تعالى بالمال، والمساواة بين المجاهدين، والساعين في سبيل الرزق كما في آخر سورة المزمل، وتسمية العامل والتاجر بالمجاهد في سبيل الله في أحاديث كثيرة كل ذلك يدل بوضوح على وجوب العناية بالمال وتثميره وتقويته حتى

---

(١) بداية المجتهد، ط الحلبي (٢/ ٢٨١).

(٢) مبدأ الرضا في العقود، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه بجامعة الأزهر الشريف ١٩٨٥م، د. علي محيي الدين القره داغي (١/ ٣٣١ ـ ٣٥٣).

(٣) المعجم الوسيط (١/ ١٠٠)، مادة «ثمَّر».

تكون الأمة قادرة على الجهاد والبناء والمعرفة والتقدم والتطور والنهضة والحضارة، حيث إن ذلك لا يتحقق إلَّا بالمال كما يقول تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا﴾[1].

فقد سمَّى الله تعالى المال بأنه قيام للمجتمع الإسلامي، وهذا يعني أن المجتمع لا يقوم إلَّا به ولا يتحرك ولا ينهض إلَّا به، كما أن قوله تعالى: ﴿وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا﴾، ولم يقل (منها) يدل بوضوح على وجوب الاستثمار حتى تكون نفقة هؤلاء المحجور عليهم (من الأطفال والمجانين) في الأرباح المتحققة من الاستثمار وليست من رأس المال نفسه.

يقول الإمام الرازي: (اعلم أنه تعالى أمر المكلفين في مواضع من كتابه بحفظ الأموال)، قال تعالى: ﴿وَلَا تُبَذِّرْ تَبْذِيرًا ﴿٢٦﴾ إِنَّ الْمُبَذِّرِينَ كَانُوا إِخْوَانَ الشَّيَاطِينِ﴾[2]، وقال تعالى: ﴿وَلَا تَجْعَلْ يَدَكَ مَغْلُولَةً إِلَى عُنُقِكَ وَلَا تَبْسُطْهَا كُلَّ الْبَسْطِ فَتَقْعُدَ مَلُومًا مَحْسُورًا﴾[3]، وقال تعالى: ﴿وَالَّذِينَ إِذَا أَنْفَقُوا لَمْ يُسْرِفُوا وَلَمْ يَقْتُرُوا﴾[4]، وقد رغَّب الله تعالى في حفظ المال في آية المداينة حيث أمر بالكتابة والاشهاد والرهن، والعقل يؤيد ذلك؛ لأن الإنسان ما لم يكن فارغ البال لا يمكنه القيام بتحصيل مصالح الدنيا والآخرة، ولا يكون فارغ البال إلَّا بواسطة المال، ثمَّ قال: وإنما قال: ﴿فِيهَا﴾، ولم يقل (منها) لئلا يكون ذلك أمراً بأن يجعلوا بعض أموالهم رزقاً، بل أمرهم أن يجعلوا أموالهم مكاناً لرزقهم بأن يتجروا فيها ويثمروها فيجعلوا أرزاقهم من الأرباح، لا من أصول الأموال...)[5].

---

(١) سورة النساء: الآية ٥.

(٢) سورة الإسراء: الآيتان ٢٦، ٢٧.

(٣) سورة الإسراء: الآية ٢٨.

(٤) سورة الفرقان: الآية ٦٧.

(٥) التفسير الكبير، ط دار إحياء التراث العربي، بيروت (٩/ ١٨٦).

ومن الأدلة المعتبرة على ذلك أن وجوب الزكاة في الأموال يدفع أصحابها إلى التجارة؛ لأنهم إن لم يتاجروا فيها تأكلها الصدقة والنفقة، وهذا ما يؤيده الفكر الاقتصادي الحديث حيث يفرض أنواعاً من الضرائب لدفع أصحاب الأموال إلى عدم اكتنازها، بل قد وردت أحاديث تصل بمجموعها إلى درجة الصحيح أو الحسن الذي ينهض به حجة على وجوب التجارة في أموال الصغار (اليتامى وغيرهم)، والمحجور عليهم (السفهاء والمجانين وناقصي الأهلية) فقد روى الشافعي بإسناده عن يوسف بن ماهك أن رسول الله ﷺ قال: «**ابتغوا في مال اليتيم** ـ أو في أموال اليتامى ـ **لا تذهبها** ـ لا تستهلكها ـ **الصدقة**»، وقد قال البيهقي والنووي: (إسناده صحيح، ولكنه مرسل معضد بعموم النصوص الأخرى وبما صحّ عن الصحابة من إيجاب الزكاة في مال اليتيم)[1].

قال البيهقي: (وهذا ـ أي: حديث ابن ماهك ـ مرسل إلَّا أن الشافعي ـ رحمه الله ـ أكده بالاستبدال بالخبر الأوَّل ـ وهو عموم الحديث الصحيح في إيجاب الزكاة مطلقاً ـ وبما روي عن الصحابة في ذلك)[2]، وقال النووي: (ورواه البيهقي عن عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ موقوفاً عليه بلفظ: «**وابتغوا في أموال اليتامى لا تأكلها الصدقة**»، وقال: إسناده صحيح، ورواه أيضاً علي بن مطرف)[3].

وروى الطبراني في الأوسط عن أنس بن مالك قال: قال رسول الله ﷺ «**اتجروا في أموال اليتامى لا تأكلها الزكاة**»، قال الهيثمي في مجمع الزوائد نقلاً عن شيخه الحافظ العراقي: (إن إسناده صحيح)[4].

---

(١) السنن الكبرى للبيهقي، ط الهند (٤/ ١٠٧)، والمجموع للنووي، ط شركة كبار العلماء (٥/ ٣٢٩).
(٢) السنن الكبرى (٤/ ١٠٧)، حيث ذكر عدداً من الأحاديث والآثار في هذا المعنى.
(٣) المجموع للنووي (٥/ ٣٢٩)، والسنن الكبرى (٤/ ١٠٧).
(٤) مجمع الزوائد (٣/ ٦٧).

يقول الشيخ القرضاوي: (إن الأحاديث والآثار قد نبهت الأوصياء على وجوب تثمير أموال اليتامى حتى لا تلتهمها الزكاة..) فواجب على القائمين بأمر اليتامى أن ينموا أموالهم كما يجب عليهم أن يخرجوا الزكاة عنها، نعم إن في هذين الحديثين (أي: حديث عمرو بن شعيب المرفوع وحديث يوسف بن ماهك) ضعفاً من جهة السند، أو الاتصال ولكن يقويهما عدَّة أمور، وذكر منها: (أنه يوافق منهج الإسلام العام في اقتصاده القائم على إيجاب التثمير وتحريم الكنز)[1].

وكذلك يدل على تثمير الأموال قوله تعالى: ﴿كَيْ لَا يَكُونَ دُولَةً بَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ مِنكُمْ﴾[2]، حيث إن الأموال لا تتداول إلَّا عن طريق توزيع الصدقات، والاستثمار الذي يؤدي إلى أن يستفيد منها الجميع من العمال والصنّاع والتجّار ونحوهم، وكذلك قوله تعالى: ﴿وَأَعِدُّوا لَهُم مَّا اسْتَطَعْتُم مِّن قُوَّةٍ﴾[3]، ومن القوة بلا شك قوة المال بل هي مقدمة في معظم الآيات على النفس، فإذا كانت قوة البدن والسلاح مطلوبة فإن قوة المال أشدُّ طلباً ووجوباً.

ثمَّ إن من مقاصد هذه الشريعة الحفاظ على الأموال، وذلك لا يتحقق إلَّا عن طريق استثمارها وتنميتها، كما أن من مقاصدها تعمير الكون على ضوء منهج الله تعالى: ﴿هُوَ أَنشَأَكُم مِّنَ الْأَرْضِ وَاسْتَعْمَرَكُمْ فِيهَا﴾[4]، فقال المفسرون: (معناه أمركم بعمارة ما تحتاجون إليه فيها من بناء مساكن وغرس أشجار)[5]، وكذلك من مقاصدها الاستخلاف الذي يقتضي القيام بشؤون الأرض وتدبيرها والإفادة منها وتعميرها وكل ذلك لا يتحقق على وجهها الأكمل إلَّا عن طريق الاستثمار.

---

(١) فقه الزكاة للدكتور يوسف القرضاوي، ط وهبه بالقاهرة (١/ ١٠٧).
(٢) سورة الحشر: الآية ٧.
(٣) سورة الأنفال: الآية ٦٠.
(٤) سورة هود: الآية ٦١.
(٥) تفسير الماوردي المسمى: النكت والعيون، ط أوقاف الكويت (٢/ ٢١٨).

والخلاصة:

أن الاستثمار للأموال بوجهها العام واجب كفائي على الأمة بأن تقوم بعمليات الاستثمار حتى تتكوّن وفرة الأموال وتشتغل الأيادي ويتحقق حدّ الكفاية للجميع إن لم يتحقق الغنى، ومن القواعد الفقهية في هذا المجال هو أن ما لا يتم الواجب إلَّا به فهو واجب.

ويثور التساؤل حول وجوب الاستثمار على الفرد إذا كان له فائض مالي، فالذي يقتضيه المنهج الإسلامي في أن المال مال الله تعالى وأن ملكية الإنسان له ليست مطلقة عن قيد أنه يجب عليه أن يستثمر أمواله بالطرق المشروعة سواء كان بنفسه، أو عن طريق المضاربة والمشاركة ونحوهما، وأنه لا ينبغي له أن يترك أمواله الصالحة للاستثمار فيعطلها عن أداء دورها في التدوير وزيادة دورانها الاقتصادي الذي يعود بالنفع العام على المجتمع.

كما أن قوة المجتمع والأمة بقوة أفرادها ولا سيما على ضوء منهج الاقتصاد الإسلامي الذي يعترف بالملكية الفردية، وأن ملكية الدولة محدودة، ومن هنا فتقع على الأفراد مسؤولية كبرى في زيادة الأموال وتقويتها عن طريق الاستثمار، يقول الشيخ محمود شلتوت: (إذا كان من قضايا العقل والدين أنّ ما لا يتمّ الواجب إلَّا به فهو واجب، وكانت عزة الجماعة الإسلامية أول ما يوجه الإسلام على أهله، وكانت متوقفة على العمد الثلاثة: الزراعة والصناعة والتجارة، كانت هذه العمد واجبة وكان تنسيقها على الوجه الذي يحقق خير الأمة واجباً)[١].

---

(١) نقلاً عن د. رفعت العوضي: منهج الادخار والاستثمار، ط الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية (ص٧٣).

العلاقة بين الوقف والاستثمار

الوقف نفسه استثمار؛ لأن الاستثمار ـ كما سبق ـ يراد به إضافة أرباح إلى رأس المال لتكون المصاريف من الربح فقط، فيبقى رأس المال محفوظاً بل مضافاً إليه الربح الباقي ليؤدي إلى كفاية الإنسان وغناه.

وكذلك الوقف حيث هو خاص بالأموال التي يمكن الانتفاع بها مع بقاء أصلها، ولذلك فالأشياء التي لا يمكن الانتفاع بها إلّا باستهلاكها ـ مثل الطعام ـ لا يجوز وقفها[١].

فعلى ضوء ذلك فإن الوقف في حقيقته استثمار من حيث إن صاحبه يريد أن يقف ماله في سبيل أن يحصد ناتجه يوم القيامة، ومن حيث الحفاظ على الأصل، ويكون الاستهلاك للناتج والثمرة والربح والريع، فالأعيان الموقوفة إمّا تنتج منها الثمار كما هو الحال في وقف الأشجار والبساتين المثمرة، أو تنتج منها منفعة وأجرة كما هو الحال بالنسبة للأعيان المستأجرة، أو ينتج منها ربح وريع كما هو الحال بالنسبة لوقف النقود.

وقد جاء في فتح القدير عند تعليقه على ورود كتاب الوقف بعد الشركة: (مناسبته بالشركة أن كلًّا منهما يراد لاستبقاء الأصل مع الانتفاع بالزيادة عليه)[٢].

استثمار موارد الوقف وطرقه:

لا شك أن استثمار أموال الوقف يؤدي إلى الحفاظ على أموال الوقف حتى لا تأكلها النفقات والمصاريف، ويساهم في تحقيق أهداف الوقف الاجتماعية والاقتصادية والتعليمية، والتنموية، فما أكثر مصائب هذه الأمة في هذا العصر، وما أكثر حاجياتها إلى الأموال لتحسين أحوالها الاجتماعية المتخلفة من خلال استثمار الأموال عن طريق التسويق والتصنيع والإنتاج.

---

(١) فتح القدير (٦/ ٢١٦).

(٢) فتح القدير، ١٩٧٠ (٦/ ١٩٩).

إضافة إلى ذلك فإن الوقف الذي يراد له الاستمرار، ومن مقاصده التأبيد لا يمكن أن يتحقق ذلك إلَّا من خلال الاستثمارات الناجحة، وإلَّا فالمصاريف والنفقات والصيانة قد تقضي على أصل الوقف إن لم تعالج عن طريق الاستثمار المجدي النافع، لذلك ينبغي أن تهتم إدارة الوقف (أو الناظر) بهذا الجانب اهتماماً كبيراً وتخصص جزءاً جيداً من ريع الوقف للاستثمار إضافة إلى استثمار بقية أموالها السائلة.

أهم الطرق للاستثمار

ونحن في هذا البحث نذكر أهمّ الطرق القديمة للاستثمار مع الطرق المعاصرة بقدر الإمكان وهي:

الطريقة الأولى: الإجارة:

وقد ذكر الفقهاء عدَّة أنواع من الإجارة في باب الوقف:

١ ـ الإجارة:

وهي كانت أهمها وأكثرها شيوعاً، بل كاد الفقهاء أن يربطوا بينها وبين جواز بعض أنواع الوقف، فقد علل الفقهاء الذين منعوا وقف الدراهم والدنانير بأنه لا يجوز إجارتهما، ولا يمكن الانتفاع بهما إلَّا بالإتلاف، وعلل الذين أجازوا وقفهما بأنه يجوز إجارتهما، قال ابن قدامة: (وما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه كالدنانير والدراهم لا يصح وقفه في قول عامة الفقهاء وأهل العلم وقيل: في الدراهم والدنانير يصح وقفه على قول من أجاز إجارته، وأما الحُليّ فيصح وقفه للبس والعارية)[١].

ولذلك لمّا أفتى محمد بن عبد الله الأنصاري (صاحب زفر) بجواز وقف الدراهم والدنانير والمكيل والموزون استغرب الفقهاء فسألوه: ماذا يفعل

(١) المغني لابن قدامة (٥/ ٦٤٠ ـ ٦٤١).

بوقف هذه الأشياء والوقف تحبيس الأصل والانتفاع بالمنفعة، فأين منفعتها؟ فقال: تدفعون الدراهم والدنانير للمضاربة ثمَّ تتصدقون بربحهما، وتتصدقون بالربح[1]، وذكر بعض الفقهاء أن منفعة الدراهم والدنانير في الوقف هي أن تقرض للفقراء، ثمَّ تقضي منهم، ثمَّ تدفع لآخرين[2].

وإجارة الموقوف والانتفاع بإجارته محل اتفاق بين الفقهاء، ولكنهم اختلفوا في بعض التفاصيل من حيث مدة الإجارة وأجر المثل.

(أ) مدة الإجارة:

يرى الحنفية أن تكون مدة الإجارة من الوقف لا تزيد عن سنة في الدار، وثلاث سنوات في الأرض الزراعية وأن الفتوى عندهم على إبطال الإجارة الطويلة من حيث الزمن وذلك لإمكان أن يتضرر الوقف بطول الزمن، بل قد يؤدي إلى إبطال الوقف، إلَّا إذا كانت المصلحة تقتضي ذلك لحاجة عمارة الوقف بتعجيل أجرته سنين مقبلة وحينئذٍ يجب أن تكون في عقود مترادفة متكررة كلّ سنة، جاء في الفتاوى الهندية: (إذا أجر الواقف أكثر من سنة لا يجوز، وإن لم يشترط فالمختار أن يقضي بالجواز في الضياع في ثلاث سنين إلَّا إذا كانت المصلحة في عدم الجواز، وفي غير الضياع يقضي بعدم الجواز إذا زاد على السنة الواحدة إلَّا إذا كانت المصلحة في الجواز، وهذا شيء يختلف باختلاف المواضع والزمان كذا في السراجية وهو المختار للفتوى)[3].

هذا إذا لم يكن الواقف قد اشترط مدة محددة فإن كان قد اشترط أن لا يؤجرها المتولي أكثر من سنة فيجب الالتزام بهذا الشرط ولا يجوز مخالفته

---

(١) الإسعاف في أحكام الأوقاف للطرابلسي (ص٢٢)، ويراجع الفتاوى الهندية (٣/ ٣٦٢).

(٢) الفتاوى الهندية (٣/ ٣٦٢).

(٣) الفتاوى الهندية (٢/ ٤١٩).

إلَّا بحكم القاضي، لكن قاضيخان أفتى بجواز مخالفة هذا الشرط إذا كانت أنفع للفقراء والمستحقين، ولا يحتاج إلى المرافعة إلى القاضي[1].

ويتفق المالكية مع الحنفية في وجوب النظر إلى ما هو الأصلح للوقف من حيث المدة لكنهم وسعوا دائرة مدة الإجارة، وفرقوا بين ما إذا كان الوقف على معينين، وناظر الوقف من الموقوف عليهم، والموقوف داراً والمستأجر ليس ممن ترجع إليه الدار فلا يجوز لهذا الناظر أن يؤجر الدار لأكثر من سنة، وإن كانت أرضاً زراعية فلا يجوز له أن يؤجرها لأكثر من ثلاث سنوات، وعلة ذلك أن الإجارة تتفسخ بموته، وأجاز جماعة من فقهائهم تأجير العقار الموقوف فترة طويلة إذا لم يكن على معينين[2].

(ب) المدة الطويلة مقابل الإصلاح:

أما إذا كان الوقف خرباً وتعذرت، أو تعسرت إعادته من غلته، أو من كرائه فقد أفتى جماعة من علماء المالكية منهم القاضي ابن باديس والناظر اللقاني، والأجهوري وأتباعه بتأجيره مدة طويلة لمن يعمره بالبناء، ويكون البناء ملكاً للباني ويدفع نظير الأرض حكراً (مبلغاً) يدفع للمستحقين، ويسمى هذا التصرُّف خلواً[3]، وجاء في شرح الخرشي أن القاضي ابن باديس قد أفتى بكرائها السنين الكثيرة، كيف تيسر، واشترط إصلاحها من كرائها[4]، قال العدوي: أي: أكثر من أربعين عاماً[5]، وجاء قريب من هذه الأحكام في المذهب الحنفي[6].

---

(١) الفتاوى الهندية (٢/ ٤١٩).

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/ ٩٦)، وشرح الرسالة لابن ناجي (٢/ ٢٠٦).

(٣) الشرح الصغير (٤/ ١٢٧).

(٤) شرح الخرشي (٧/ ٧٨ ـ ١٠٠).

(٥) فتح العلي المالك (٢/ ٢٤١).

(٦) الفتاوى الهندية (٢/ ٤٢٠ ـ ٤٢١).

ولم يتطرق الشافعية والحنابلة ـ حسب علمي ـ إلى مسألة طول المدة في إجارة الوقف؛ لأنهم تركوا ذلك لأحكام الإجارة.

(ج) أجر المثل في الإجارة:

اشترط جماعة من الفقهاء ـ منهم الحنفية والمالكية والشافعية ـ أن يكون تأجير الموقوف بما لا يقل عن أجر المثل، فلا يجوز تأجيره بغبن فاحش، وأما الغبن اليسير: (وهو ما يتغابن الناس فيه، أو لا يعدونه غبناً)، فلا يؤثر فإذا أجر بأقل من أجر المثل، فللقيّم على الوقف الفسخ، ولو زاد الأجرة بعد العقد إلى أجر المثل يجدد العقد بالأجرة الزائدة، قال ابن عابدين: (والظاهر أن قبول المستأجر الزيادة يكفي عن تجديد العقد، وأن المستأجر الأوَّل أولى من غيره إذا قبل الزيادة)[١].

جاء في الفتاوى الهندية: (ولا تجوز إجارة الوقف إلَّا بأجر المثل كذا في محيط السرخسي، ولكن العبرة في ذلك ببداية العقد فقد نصوا على أنه لو استأجر رجل أرض وقف ثلاث سنين بأجرة المثل، فلما دخلت السنة الثَّانية كثرت الرغبات وازدادت أجرة الأرض فليس للمتولي أن ينتقص الإجارة لنقصان أجر المثل)[٢].

وقد اختار متأخرو الحنفية أنه لو قام المتولى بتأجير الوقف بأقل من أجر المثل فسكنها المستأجر كان عليه أجر المثل بالغاً ما بلغ وعلى ضوء ذلك يعدل العقد وإن لم يرض به المستأجر[٣].

ويظهر من ذلك أن العقد الذي تمّ بأقل من أجر المثل إما هو باطل،

---

(١) حاشية ابن عابدين (٣/ ٣٩١)، والفتاوى الهندية (٢/ ٤١٩)، وفتح العلي المالك (٢/ ٢٣٩)، وشرح الخرشي (٧/ ٩٨)، ومغني المحتاج (٢/ ٣٩٥)، والفقه الإسلامي وأدلته (٨/ ٢٣٦)، والروضة (٥/ ٣٥٢).

(٢) الفتاوى الهندية (٢/ ٤١٩).

(٣) المصدر السابق (٢/ ٤٢٠).

أو غير لازم بحيث يفسخه القاضي أو القيّم، أو يعدله إلى أجر المثل، أو يبطل.

وقد استفتى الشيخ عليش المالكي في أرض موقوفة طرح الناس فيها أتربة وأقذاراً حتى صارت تلًّا لا ينتفع به في الحال، فأجَّرها نائب القاضي تسعة وتسعين سنة لمن ينقل منها ما فيها من التربة والأقذار ويبنيها خاناً، كل ستة بأربعة أرطال زيت لا غير، وأزال المكتري ما فيها وأصلحها فحصلت الرغبة فيها بزائد عن تلك الأجرة، فهل تفسخ الإجارة ويصير النفع للوقف؟ فأجاب: (نعم يفسخ إن وجد حين عقد الإجارة من يستأجرها بزائد عما ذكر، أما إن لم يوجد حين العقد من يستأجرها بزائد عما ذكر فلا تفسخ)[١].

ونصّ الشافعية على عدم صحة الوقف إذا أجره الناظر بأقل من أجرة المثل لكنه إذا أجر الناظر فزادت الأجرة في المدة، أو ظهر طالب بالزيادة عليها لم ينفسخ العقد على الأصح، قال النووي: (لأن العقد جرى بالغبطة في وقته فأشبه ما لو باع الولي مال الطفل ثمَّ ارتفعت القيمة بالأسواق أو ظهر طالب بالزيادة، والثَّاني ـ أي: الرأي الثَّاني للشافعية ـ ينفسخ العقد؛ لأنه بان وقوعه بخلاف الغبطة في المستقبل، والثَّالث: إن كانت الإجارة سنة فما دونها لم يتأثر العقد، وإن كانت أكثر فالزيادة مردودة وبه قطع أبو الفرج الزازفي الأمالي)[٢].

وذهب الحنابلة إلى صحة عقد الإجارة مع كون الأجرة أقل من أجر المثل ولكن الناظر يضمن النقص؛ أي: يضمن الفارق بين أجر المثل، والأجر المتفق عليه في العقد قياساً على الوكيل؛ لأن الإجارة عقد لازم لا يفسخ بذلك[٣].

---

(١) فتح العلي المالك (٢/ ٢٣٩).

(٢) روضة الطالبين (٥/ ٣٥٢)، ومغني المحتاج (٢/ ٣٩٥).

(٣) كشاف القناع (٤/ ٢٩٧).

والذي يظهر لنا رجحانه هو رأي الجمهور حيث فيه الحماية الكافية لمصالح الوقف، ولخصوصيته، وأن كون القيم يتحمل الفرق قد يؤدي إلى زهد الناس عن التولية لأن ذلك يضرّ به وقد لا يكون متعمداً فيه، ولذلك فاعتبار العقد مفسوخاً حتى يتم جبر النقص فيه من قبل المستأجر هو أعدل الأمور والله أعلم.

(د) عدم لزوم عقد الإجارة في حالتي زيادة المدة، وعدم أجر المثل:

مع أن عقد الإجارة عقد لازم عند جميع الفقهاء[1]، ولكنه في باب الوقف يعتبر غير لازم في حالة ما إذا كانت مدة الإجارة طويلة أو كانت الأجرة أقل من أجر المثل، وهذه خصوصية أخرى للوقف فبخصوص الإجارة الطويلة نصّ الفقهاء وبالأخص الحنفية والمالكية أن القيم أو القاضي ـ حسب تفصيل ـ يستطيع فسخ الإجارة، إن كانت المصلحة في ذلك، أو يعدل العقد إلى إجارة قصيرة أو إلى عقود جارات مترادفة، أو يبطل العقد، فقد ذكر ابن عابدين أن أبا جعفر يقول بإبطال الإجارة الطويلة ولو بعقود، لكن ابن عابدين خصصه بعدم الحاجة[2]، وعند الشافعية على الأصح لا يصح العقد إذا كان الأجر أقل من أجر المثل ـ كما سبق ـ[3].

(هـ) المزايدة والزيادة في إجارة الوقف:

إذا أجر الوقف بمبلغ، ثمَّ جاء آخر فزاد عليه بعد تمام العقد، فهل يجوز فسخ العقد السابق والاعتماد على الزيادة؟

للإجابة عن ذلك نقول: إن فيه تفصيلاً على ضوء ما يأتي:

(أ) أجّره أوّلاً بمبلغ أقل من أجر المثل ثمَّ جاء آخر فعلى القول بالفسخ يفسخ العقد، ثمَّ يعطى لمن يزيد، وعلى القول بصحة العقد مع عدم

---

(١) يراجع: تحفة الفقهاء (٢/ ٥١٤)، بداية المجتهد (٢/ ٣٧٢)، روضة الطالبين (٥/ ١٧٣)، الكافي لابن قدامة (٢/ ٣٠٠).

(٢) حاشية ابن عابدين (٤/ ٤٠٢)، ويراجع فتح العلي المالك (٢/ ٢٣٩).

(٣) روضة الطالبين (٥/ ٣٥٢)، ومغني المحتاج (٢/ ٣٥٥).

لزومه يخيّر المستأجر الأوَّل بين الفسخ، أو الزيادة إلى ما يدفعه الآخر، فإن قبل بها فهو أولى ما دام الآخر لم يزد عليه فإن زاد عليه الأجر فحينئذٍ يتزيدان، ويكون العقار لمن يدفع أكثر ويكون عقد الإجارة منحلًّا.

(ب) أجّره أولاً بأجر المثل ثمَّ جاء آخر فزاد لم تفسخ الأولى كما هو الحال فيما لو كان تأجير الوقف لثلاث سنوات، وتغير أجر المثل في السنة الثَّانية ـ مثلاً ـ بحيث ازداد لم يفسخ العقد[1]، وقد ذكر في شرح الرسالة أن ابن عبد السَّلام ذهب إلى أن عقد إجارة الوقف إن لم يكن فيه غبن بل كان فيه غبطة فلا يفسخ بالمزايدة، وإن كان فيه غبن تقبل الزيادة فيه، ثمَّ ذكر أن أهل تونس استمروا سنين كثيرة على أن يكري ربع الحبس على قبول الزيادة فيه، ويجعلونه منحلًّا من جهة المكري ومنعقداً من جهة المكتري وهو قول منصوص عليه في المذهب[2].

٢ ـ الإجارة بأُجرتين:

ابتكر الفقهاء هذه الطريقة لعلاج مشكلة حدثت للعقارات الموقوفة في استنبول عام ١٠٢٠هـ عندما نشبت حرائق كبيرة التهمت معظم العقارات الوقفية أو شوهت مناظرها، ولم يكن لدى إدارة النظارة الوقفية أموال لتعمير تلك العقارات فاقترح العلماء أن يتم عقد الإجارة تحت إشراف القاضي الشرعي على العقار المتدهور بأجرتين: أجرة كبيرة معجلة تقارب قيمته فيتسلمها الناظر ويعمر به العقار الموقوف، وأجرة سنوية مؤجلة ضئيلة يتجدد العقد كل سنة، ومن الطبيعي أن هذا العقد طويل الأجل يلاحظ فيه أن المستأجر يسترد كل مبالغه من خلال الزمن الطويل[3].

---

(١) الفتاوى الهندية (٢/ ٤١٩)، وشرح الخرشي (٧/ ٩٨ ـ ٩٩)، والروضة (٥/ ٣٥٢).

(٢) شرح الرسالة لابن ناجي (٢/ ٢٠٦).

(٣) الشيخ الصديق أبو الحسن، بحثه: (مقتطفات من أحكام الوقف)، منشور في ندوة الوقف الخيري لهيئة أبو ظبي الخيرية عام ١٩٩٥م (ص٩٤)، والشيخ كمال جعيط، بحثه عن: (استثمار موارد الأحباس)، المقدم إلى الدورة الثَّانية عشرة (ص٤٧).

فهذه الصيغة التمويلية تعالج مشكلة عدم جواز بيع العقار فتحقق نفس الغرض المنشود من البيع من خلال الأجرة الكبيرة المعجلة، كما أنها تحقق منافع للمستأجر في البقاء فترة طويلة في العقار المؤجر سواء كان منزلاً أو دكاناً أو حانوتاً، أو نحو ذلك، كما أن وجود الأجرة يحمي العقار الموقوف من ادعاء المستأجر أنه قد تملكه بالشراء مثلاً، كما أن ما بني على هذه الأرض الموقوفة يظل ملكاً للوقف دون المستأجر.

٣ ـ الحكر، أو حق القرار:

الحِكر ـ بكسر الحاء وسكون الكاف ـ العقار المحبوس، وجمعه أحكار، وبفتحهما: كل ما احتكر[١].

وفي اصطلاح الفقهاء يطلق على ثلاثة معان:

١ ـ العقار المحتكر نفسه، فيقال: هذا حكر فلان.

٢ ـ الإجارة الطويلة على العقار.

٣ ـ الأجرة المقررة على عقار محبوس في الإجارة الطويلة ونحوها[٢]، قال الشيخ عليش: (من استولى على الخلو يكون عليه لجهة الوقف يسمى عندنا بمصر حكراً لئلا يذهب الوقف باطلاً)[٣].

---

(١) المعجم الوسيط، ولسان العرب، وتاج العروس: مادة «حكر».

(٢) يراجع في موضوع الحكر: الفتاوى الهندية (٢/ ٤٢٠)، وحاشية ابن عابدين (٣/ ٣٩٨)، وفتح العلي المالك في الفتوى على مذهب مالك، ط مصطفى الحلبي (٢/ ٢٤٣)، والشرح الصغير (٤/ ١٢٧)، وشرح الخرشي (٧/ ٧٨، ١٠٠)، وتحفة المحتاج (٦/ ١٧٢)، والفتاوى الكبرى لابن حجر الهيثمي (٣/ ١٤٤)، ومطالب أولي النهى (٤/ ٣١٦)، ومجموع الفتاوى لابن تيمية (٣١/ ٢٢٤)، والموسوعة الفقهية الكويتية (١٨/ ٥٣).

(٣) فتح العلي المالك (٢/ ٢٤٣).

والحكر في باب الوقف وسيلة اهتدى إليها الفقهاء لعلاج مشكلة تتعلق بالأراضي والعقارات الموقوفة التي لا تستطيع إدارة الوقف (أو الناظر) أن تقوم بالبناء عليها، أو زراعتها، أو أنها مبنية لكن ريعها قليل إذا قسنا بحالة هدم بنيانها، ثمَّ البناء عليها، ففي هذه الحالة أجاز الفقهاء الحكر، وحق القرار وهو عقد يتم بمقتضاه إجارة أرض للمحتكر لمدة طويلة، وإعطاؤه حق القرار فيها ليبني، أو يغرس مع إعطائه حق الاستمرار فيها ما دام يدفع أجرة المثل بالنسبة للأرض التي تسلمها دون ملاحظة البناء والغراس[1].

وهذا النوع قريب من الإجارة بأجرتين التي ذكرناها من حيث طول المدة، ومن حيث تسلم نوعين من الأجرة: أجرة كبيرة معجلة قريبة من قيمة الأرض، وأجرة ضئيلة سنوية أو شهرية، لكنه مختلف عنها من حيث إن البناء والغراس في الحكر ملك للمحتكر (المستأجر) لأنه أنشأهما بماله الخاص وفي الإجارة بأجرتين ملك للوقف؛ لأن إدارة الواقف (أو الناظر) قد صرفت الأجرة الكبيرة المقدمة في التعمير، والبناء أو الغراس.

ويسميه بعض الفقهاء بالاحتكار، والاستحكار، والإحكار، قال ابن عابدين: (الاحتكار إجارة يقصد بها منع الغير، واستبقاء الانتفاع بالأرض)[2]، وفي الفتاوى الخيرية: (الاستحكار عقد إجارة يقصد به استبقاء الأرض للبناء، أو الغرس أو لأحدهما، ويكون في الدار والحانوت أيضاً)[3].

ويسميه المالكية خلواً في حين أن الخلو عند الحنفية وغيرهم ممن قالوا به أعمّ من الحكر؛ لأنه يكون في كل إجارة اكتتب المستأجر من خلال

---

(١) د. خليفة بابكر الحسن، بحثه عن: (استثمار موارد الأوقاف) المقدم إلى الدورة الثَّانية عشرة لمجمع الفقه الإسلامي الدولي (ص٢١).

(٢) منحة الخالق على البحر الرائق، ط المطبعة العلمية بالقاهرة (٥/ ٢٢٠).

(٣) الفتاوى الخيرية (١/ ١٩٧).

أعماله وتجارته وشهرته، أو أهمية الموقع حقاً خاصاً به، وقد صدر قرار من مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته الرَّابعة عام ١٤٠٨هـ أجاز فيه بدل الخلو بشروط وضوابط[١].

مدى شمولية الحكر للوقف وغيره:

وقد ارتبط اسم الحكر بالوقف سواء كان وقفاً عاماً وهو الشايع، أو خاصاً، ولكنه مع ذلك قد يكون الحكر في العقارات المملوكة ملكية خاصة حيث جاء في تنقيح الفتاوى الحامدية أن: (الاحتكار هو الأرض المقررة للاحتكار وهي أعم من أن تكون ملكاً أو وقفاً)[٢]، ولكن حديثنا هنا حول الحكر في الأوقاف فقط.

حكم الحكر في الأوقاف:

اختلف الفقهاء في حكر الوقف على ثلاثة مذاهب:

(أ) ذهب جمهور الفقهاء[٣] إلى أنه جائز حتى ولو اشترط الواقف منعه إذا توافرت الشروط الآتية:

١ ـ أن يكون الوقف قد تخرّب وتعطّل الانتفاع به.

٢ ـ أن لا يكون لدى إدارة الوقف (أو الناظر) أموال يعمّر بها.

٣ ـ أن لا يوجد من يقرض الوقف المقدار المحتاج إليه.

---

(١) يراجع بحثنا: (الحقوق المعنوية) المنشور في أبحاث وأعمال الندوة السابقة لقضايا الزكاة المعاصرة في الفترة ٢٢ ـ ٢٤ / ١ / ١٤١٧هـ (ص٥٣٧ ـ ٥٦٤).

(٢) تنقيح الفتاوى الحامدية (١/ ١٧٦).

(٣) حاشية ابن عابدين (٣٠/ ٣٩٨)، والفتاوى الهندية (٢/ ٤٢٢)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/ ٩٦)، وتحفة المحتاج (٦/ ١٧٢)، ومطالب أولي النهى (٤/ ٣١٦)، وأعلام الموقعين (٣/ ٣٠٤).

واشترط الحنفية أيضاً أن لا يمكن استبدال الوقف بعقار ذي ريع[1]، إذا توافرت هذه الشروط جاز الحكر في الوقف.

(ب) ذهب جماعة من الفقهاء منهم الحنابلة، وجمهور الشافعية، إلى أنه جائز مطلقاً[2].

(ج) ذهب بعض الشافعية ـ منهم الأذرعي والزركشي ـ إلى أنه غير جائز مطلقاً[3].

والذي نراه راجحاً هو الرأي الأوَّل؛ لأنه قيّد الحكر بتحقيق مصالح الوقف، وأن لا يوجد سبيل أفضل من الحكر، وحينئذٍ فالحكر بلا شك أفضل من أن يبقى الوقف خرباً أو معطلاً.

مدة الحكر:

من المعلوم أن عقد الحكر يتضمن مدة محددة للحكر وإن كانت طويلة، ولكن جرى العرف ـ كما يقول العدوي ـ بمصر أن الأحكار مستمرة للأبد، وإن عُيّن فيها وقت الإجارة مدة لكنهم لا يقصدون خصوص تلك المدة، والعرف عندنا ـ أي: في مصر ـ كالشرط فمن احتكر أرضاً مدة ومضت فله أن يبقى وليس للمتولي آمر الوقف إخراجه[4].

وقد ذكر الحنفية أيضاً أنه يثبت للمحتكر حق القرار إذا وضع بناءه في الأرض ويستمر ما دام أس بنائه قائماً فيها، فلا يكلف برفع بنائه، ولا بقلع غراسه ما دام يدفع أجرة المثل المقررة على ساحة الأرض المحتكرة[5].

---

(١) حاشية ابن عابدين (٣/ ٣٩٨).
(٢) مطالب أولي النهى (٤/ ٣١٦)، والفتاوى لابن حجر الهيثمي (٣/ ١٤٤).
(٣) تحفة المحتاج (٦/ ١٧٢)، والفتاوى الهندية لابن حجر الهيثمي (٣/ ١٤٤).
(٤) العدوي على الخرشي (٧/ ٧٩).
(٥) حاشية ابن عابدين (٥/ ٢٠).

ولكن الفقهاء لم يغفلوا من أمرين:

الأمر الأوَّل: أنه يجوز اشتراط إخراج المحتكر بعد المدة المتفق عليها؛ لأن المشروط المتفق عليه مقدم على العرف السائد.

الأمر الثَّاني: أن لا يترتب على بقاء المحتكر بأجرة المثل ضرر على الوقف، فإن كان فيه ضرر بأن يخاف منه الاستيلاء على الوقف، أو أن يكون فيه تعسف بالوقف في استعمال هذا الحق فإنه يجوز أن يرفع الأمر إلى القاضي فيفسخه[1].

التحكير بغبن فاحش: ما ذكرناه في أجر المثل فيما يخص الإجارة ينطبق على التحكير بغبن فاحش تماماً.

انتهاء الحكر: إذا خرب البناء الذي بناه المحتكر في أرض الوقف وزال عنها بالكلية ينقضي حق المحتكر في القرار فيها إذا انتهت مدة الإجارة، وكذلك الحكم إذا فنيت الأشجار التي غرسها في الأرض الزراعية الموقوفة[2].

٤ ـ المرصد:

وهو الاتفاق بين إدارة الوقف (أو الناظر)، وبين المستأجر أن يقوم بإصلاح الأرض وعمارتها وتكون نفقاتها ديناً مرصداً على الوقف يأخذه المستأجر من الناتج، ثمَّ يعطى للوقف بعد ذلك الأجرة المتفق عليها[3].

وهذا إنما يكون عندما تكون الأرض خربة لا توجد غلة لإصلاحها، ولا يرغب أحد في استئجارها مدة طويلة يؤخذ منه أجرة معجلة لإصلاحها، وحينئذٍ لا تبقى إلَّا هذه الطريقة التي تأتي في آخر المراتب من الطرق الممكنة

---

(١) المصادر السابقة.

(٢) تنقيح الفتاوى الحامدية (٢/ ١٣١)، وفتح العلي المالك (٢/ ٢٥٢)، والموسوعة الفقهية (١٨/ ٦٤).

(٣) حاشية ابن عابدين (٤/ ٤٠٢)، وبداية المجتهد (٢/ ٢٣٦)، ومجموع الفتاوى لابن تيمية (٣١/ ٢٢٤).

لإجارة الوقف، ومما يجدر الإشارة إليه أن عقلية فقهائنا الكرام استطاعت أن تشتق من الإجارة كل هذه الصور، وهذا إن دلّ على شيء فإنما يدل على أن الفقه لا ينبغي أن يتوقف بل لا بدّ أن يستجيب لحل كلّ المشاكل.

٥ ـ الإجارة الطويلة مع وعد المستأجر بتمليك ما يبنى للوقف:

ومن الصيغ الجديدة ما يسمى بالإجارة المنتهية بالتمليك، ولها صور كثيرة، والذي يصلح في باب الوقف هو أن تؤجر إدارة الوقف (أو الناظر) الأرض الموقوفة لمستثمر (فرداً أو شركة) مع السماح بالبناء عليها من المباني والمحلات والعمارات حسب الاتفاق ويستغلها فترة من الزمن، ثمَّ يعود كل ما بناه المستثمر بعد انتهاء الزمن المتفق عليه إلى الوقف عن طريق أن يتضمن العقد تعهداً بالهبة، أو يتضمن أحد بنوده هبة معلقة، أو وعداً بالبيع ثمَّ يتم البيع في الأخير بعقد جديد[1].

ويمكن أن تنص الاتفاقية السابقة على أن تعطى للوقف أجرة ولو كانت متواضعة حتى يستفيد منها في إدارة أموره، ولا مانع حينئذٍ أن تمدد الفترة لقاء ذلك.

الطريقة الثَّانية: المزارعة:

وهي أن تتفق إدارة الوقف (أو الناظر) مع طرف آخر ليقوم بغرس الأرض الموقوفة، أو زرعها على أن يكون الناتج بينهما حسب الاتفاق إما بالنصف، أو نحوه[2].

---

(١) يراجع: بحثنا: (الإجارة المنتهية بالتمليك) المنشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي (العدد ١٢).

(٢) يراجع: المبسوط للسرخسي (٢٣/ ١٧)، وفتح القدير مع العناية على الهداية (٩/ ٤٦٢)، وحاشية ابن عابدين (٦/ ٢٧٤)، والشرح الكبير مع الدسوقي (٣/ ٣٧٢)، والخرشي (٦/ ٦٣)، ومغني المحتاج (٢/ ٣٢٤)، والمغني لابن قدامة (٥/ ٤١٦).

الطريقة الثَّالثة: المساقاة:

وهي خاصة بالبساتين، والأرض التي فيها الأشجار المثمرة حيث تتفق إدارة الوقف (أو الناظر) مع طرف آخر ليقوم برعايتها وسقيها على أن يكون الثمر بينهما حسب الاتفاق[1]، ولا تختلف المزارعة أو المساقاة في باب الوقف عنهما في غيره.

الطريقة الرَّابعة: المضاربة (القراض):

وهي المشاركة بين المال والخبرة والعمل، بأن يقدم ربّ المال المال إلى الآخر ليستثمره استثماراً مطلقاً أو مقيداً (حسب الاتفاق) على أن يكون الربح بالنسبة بينهما حسب الاتفاق والمضاربة إنما تتحقق في باب الوقف في ثلاث حالات:

١ ـ الحالة الأُولى: إذا كان الوقف عبارة عن النقود عند من أجاز ذلك منهم المالكية[2]، وبعض الحنفية[3]، والإمام أحمد في رواية اختارها شيخ الإسلام ابن تيمية[4]، وحينئذٍ تستثمر هذه النقود عن طريق المضاربة الشرعية.

٢ ـ الحالة الثَّانية: إذا كانت لدى إدارة الوقف، (أو الناظر) نقود فاضت عن المصاريف والمستحقات، أو أنها تدخل ضمن الحصة التي تستثمر لأجل إدامة الوقف فهذه أيضاً يمكن أن تدخل في المضاربة الشرعية.

٣ ـ الحالة الثَّالثة: بعض الأدوات أو الحيوانات الموقوفة حيث يجوز عند الحنابلة أن تكون المضاربة بإعطاء آلة العمل من ربّ المال وتشغيلها من

---

(١) يراجع: حاشية ابن عابدين (٥/ ١٧٤)، وبداية المجتهد (٢/ ٢٤٢)، ونهاية المحتاج (٥/ ٢٤٤)، وشرح منتهى الإرادات (٢/ ٣٤٣).

(٢) حاشية العدوي على الخرشي (٧/ ٨٠).

(٣) حاشية ابن عابدين (٤/ ٣٦٣)، ودرر الحكام (٢/ ١٣٣).

(٤) مجموع الفتاوى (٣١/ ٢٣٤).

قبل المضارب، ويكون الناتج بين الطَّرفين، كمن يقدم إلى الأجير فرساً، أو سيارة، ويكون الناتج بينهما[1].

الطريقة الخامسة: المشاركة:

(أ) المشاركة العادية من خلال أن تتفق إدارة الوقف (أو الناظر) بجزء من أموالها الخاصة للاستثمار مع شريك ناجح في مشروع مشترك سواء أكان صناعياً، أم زراعياً، أو تجارياً، وسواء كانت الشركة شركة مفاوضة أو عنان. ويمكن كذلك المشاركة عن طريق شركة الملك بأن تشارك إدارة الوقف (أو النظر) مع طرف آخر في شراء عمارة، أو مصنع، أو سيارة، أو سفينة، أو طائرة أو نحو ذلك.

(ب) المشاركة المتناقصة لصالح الوقف بأن تطرح إدارة الوقف مشروعاً ناجحاً (مصنعاً، أو عقارات أو نحو ذلك) على أحد البنوك الإسلامية، أو المستثمرين، حيث يتم بينهما المشاركة العادية كل بحسب ما قدمه، ثمَّ يخرج البنك، أو المستثمر تدريجياً من خلال بيع أسهمه أو حصصه في الزمن المتفق عليه بالمبالغ المتفق عليها، وقد يكون الخروج في الأخير بحيث يتم بيع نصيبه إلى إدارة الوقف مرة واحدة، ولا مانع أن تكون إدارة الوقف هي التي تبيع حصته بنفس الطرق المقررة في المشاركة المتناقصة.

ويمكن لإدارة الوقف أن تتقدم بمجرد أراضيها التجارية المرغوب فيها، ويدخل الآخر بتمويل المباني عليها، ثمَّ يشترك الطَّرفان كل بحسب ما دفعه، أو قيم له وحينئذٍ يكون الريع بينهما حسب النسب المتفق عليها، ثمَّ خلال الزمن المتفق عليه تقوم الجهة الممولة (الشريك) بيع حصصها إلى إدارة الوقف أقساطاً أو دفعة واحدة.

وفي هذه الصورة لا يجوز أن ننهي المشاركة بتمليك الشريك جزءاً من

---

(١) شرح منتهى الإرادات (٢/ ٢١٩).

أراضي الوقف إلَّا حسب شروط الاستبدال، وحينئذٍ لا بدّ أن ننهي الشراكة إذا أريد لها الانتهاء لصالح الوقف. وللمشاركة المتناقصة عدَّة صور[١].

(ج) المشاركة في الشركات المساهمة عن طريق تأسيسها، أو شراء أسهمها.

(د) المشاركة في الصناديق الاستثمارية المشروعة بجميع أنواعها سواء أكانت خاصة بنشاط واحد، أو مجموعة من الأنشطة كصناديق الأسهم ونحوها.

الطريقة السَّادسة: الاستصناع:

الاستصناع من العقود التي أجازها جمهور الفقهاء وإن كانوا مختلفين في إلحاقه بالسلم وحينئذٍ إخضاعه لشروطه الصعبة من ضرره تسليم الثمن في مجلس العقد عند الجمهور، أو خلال ثلاثة أيام عند مالك، ولكن الذي يهمنا هنا هو الاستصناع الذي أجازه جماعة من الفقهاء منهم الحنفية[٢].

والذي أقره مجمع الفقه الإسلامي في دورته السَّابعة حيث نص قراره (رقم ٦٦/ ٣/ ٧) على: (أن عقد الاستصناع ـ هو عقد وارد على العمل والعين في الذمة ـ ملزم للطرفين إذا توافرت فيه الأركان والشروط).

وعقد الاستصناع يمكن لإدارة الوقف أن تستفيد منه لبناء مشروعات ضخمة ونافعة حيث تستطيع أن تتفق مع البنوك الإسلامية (أو المستثمرين) على تمويل المشاريع العقارية على أرض الوقف أو غيرها، والمصانع ونحوها عن طريق الاستصناع، وتقسيط ثمن المستصنع على عدَّة سنوات، إذ

---

(١) يراجع: بحوث وقرارات مؤتمر المصرف الإسلامي الأوَّل الذي عقد بدبي في الفترة ٢٣ ـ ٢٥/ ٦/ ١٣٩٩هـ، حيث وافق على ثلاث صور.

(٢) يراجع: بحثنا المفصل حول الاستصناع في مجلة المجمع الفقهي الدولي، العدد السَّابع، المجلد الثَّاني (ص٣٢٣).

أن من مميزات عقد الاستصناع أنه لا يشترط فيه تعجيل الثمن، بل يجوز تأجيله، وتقسيطه مما أعطى مرونة كبيرة لا توجد في عقد السلم.

وغالباً ما يتم الاستصناع في البنوك الإسلامية عن طريق الاستصناع الموازي حيث لا تبني هي ولا تستصنع، وإنما تتفق مع المقاولين لتنفيذ المشروع بنفس المواصفات التي تم الاتفاق عليها بينها وبين إدارة الوقف.

الطريقة السَّابعة: المرابحات:

يمكن لإدارة الوقف أن تستثمر أموالها عن طريق المرابحات لشراء ما تحتاج إليه عن طريق المرابحة العادية، والمرابحة للآمر بالشراء كما تجريها البنوك الإسلامية، وهي التي تتم بالخطوات التالية:

١ ـ وعد بالشراء من إدارة الوقف.

٢ ـ شراء البنك المبيع وتسلمه وحيازته.

٣ ـ ثمَّ بيعه إدارة الوقف بربح متفق عليه مثل ١٠٪ يضم إلى أصل الثمن، ويؤجل، أو يقسط على أشهر أو نحوها مع أخذ كافة الضمانات التي تحمي البنك.

ويمكن لإدارة الوقف أن تقوم هي بالمرابحة بالطريقة السابقة، فتكون هي التي تستثمر أموالها بهذه الطريقة بنسبة مضمونة. وهناك طريقة أخرى مضمونة مع أنها جائزة شرعاً وهي أن تتفق إدارة الوقف مع بنك، أو مستثمر، أو شركة على أن يدير لها أموالها عن طريق المرابحة بنسبة ١٠٪ مثلاً، وحينئذٍ إذا خالف هذا الشرط فهو ضامن لمخالفته للشرط، وليس لأجل ضمان رأس المال.

الطريقة الثَّامنة: سندات المقارضة وسندات الاستثمار:

بما أن السندات التقليدية حرام صدر بحرمتها قرار مجمع الفقه الإسلامي في دورته السَّادسة (قرار رقم ٦٢/ ١١/ ٦) اتجه الاجتهاد الفردي

والجماعي لبديل إسلامي له من خلال إجازة المجمع نفسه في قراره رقم (٥ دع/٠٨/٨٨) سندات المقارضة وسندات الاستثمار بشروط وضوابط محددة ذكرها القرار نفسه معتمداً على مجموعة من البحوث القيمة والدراسات الجادة[١].

فإدارة الوقف تستطيع أن تساهم في هذه السندات المشروعة، بالاكتتاب فيها، أو شرائها، أو أن تقوم هي بإصدارها، ولا غرو في ذلك فإن وزارة الأوقاف الأردنية هي التي طرحت هذه الصيغة وصاغتها حتى صدر بها قانون سندات المقارضة رقم ١٠ لعام ١٩٨١م[٢]، وفي هذه الحالة تكون إدارة الوقف هي المضارب، وحملة الصكوك هم أرباب المال، ويكون الربح بينهما بالنسبة حسب الاتفاق، وإدارة الوقف لا تضمن إلَّا عند التعدي، أو التقصير ـ كما هو مقرر فقهياً ـ ومن هنا تأتي مشكلة عملية في مسألة عدم ضمان السندات، ولذلك عالجها قرار المجمع من خلال أمرين:

أحدهما: جواز ضمان طرف ثالث مثل الدولة تضمن هذه الصكوك تشجيعاً منها على تجميع رؤوس الأموال، وتثميرها، وتهيئة عدد من الوظائف، وتحريك رؤوس الأموال وإدارتها.

ثانيهما: عدم ممانعة المجمع من النص في نشرة الإصدار على اقتطاع نسبة معينة من عائدات المشروع ووضعها في صندوق احتياطي خاص لمواجهة مخاطر خسارة رأس المال فيما لو تحققت، إضافة إلى ضرورة توخي أقصى درجات الحذر من الاستثمارات بحيث لا تقدم الإدارة إلَّا على الاستثمارات شبه المضمونة مثل الاستثمارات في العقارات المؤجرة في بلاد

---

(١) انظر: العدد الرَّابع من مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، الجزء الثَّالث (١٨٠٩ ـ ٢١٥٩).

(٢) بحث د. عبد السَّلام العبادي في الجزء الثَّالث من مجلة المجمع الفقهي الإسلامي الدولي (ص١٩٦٣).

مستقرة، ومثل الاتفاق مع الآخرين أصحاب الخبرات الواسعة لإدارة الأموال ودراسة الجدوى الاقتصادية ونحوها.

الطريقة التَّاسعة: صكوك (سندات مشروعة) أخرى:

لا تنحصر مشروعية الصكوك على صكوك المقارضة التي صدر بها قرار من مجمع الفقه الإسلامي، بل يمكن ترتيب صكوك (سندات مشروعة) أخرى مثل صكوك الإجارة التشغيلية أو التمويلية، وصكوك المشاركة الدائمة، أو المتناقضة، وكذلك صكوك أخرى كما فصلنا ذلك في بحثنا[١].

الشروط العامة لاستثمار أموال الوقف

بما أن الاستثمار من طبيعته الربح والخسارة، وأن معظم الاستثمارات التي تقوم بها الدولة، أو المؤسسات الحكومية إن لم تكن فاشلة فليست على المستوى المطلوب، ولا على مستوى الاستثمارات الخاصة، وبما أن أموال الوقف أموال خيرية عامة لها خصوصية رأيناها معتبرة لدى فقهائنا الكرام حيث لم يجيزوا التصرُّف فيها بالغبن، وبأقل من أجر المثل لذلك كله يشترط في استثمار أموال الوقف ما يأتي:

١ ـ الأخذ بالحذر والأحوط والبحث عن كل الضمانات الشرعية المتاحة، وقد ذكرنا أن مجمع الفقه الدولي أجاز ضمان الطَّرف الثَّالث لسندات الاستثمار، ومن هنا فعلى إدارة الوقف (أو الناظر) البحث عن مثل هذا الضمان بقدر الإمكان، وإن لم تجد فعليها مفاتحة الحكومة بذلك.

٢ ـ الاعتماد على الطرق الفنية والوسائل الحديثة ودراسات الجدوى، ورعاية أهل الإخلاص والاختصاص والخبرة فيمن يعهد إليهم الاستثمار.

---

(١) التطبيقات العملية لإقامة السوق الإسلامية، بحث مقدم إلى مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته الثَّامنة، العدد الثَّامن، المجلد الأوَّل (ص٣٧٩)، ومنه بحوث أخرى أيضاً.

٣ ـ التخطيط والمتابعة والرقابة الداخلية على الاستثمارات.

٤ ـ ومراعاة فقه الأولويات وفقه مراتب المخاطر في الاستثمارات، وفقه التعامل مع البنوك والشركات الاستثمارية، بحيث لا تتعامل إدارة الوقف إلَّا مع البنوك الإسلامية والشركات اللاتي تتوافر فيها الأمن والأمان والضمان بقدر الإمكان. ومن هذا المنطلق عليها أن تتجه إلى الاستثمارات التي لا تزال أكثر أماناً وأقل خطراً وهي الاستثمارات العقارية.

الشخصية الاعتبارية للوقف، وأثرها على تطويره:

الشخصية الاعتبارية يراد بها أن تكون للشركة، أو المؤسسة شخصية قانونية مستقلة عن ذمم أصحابها، أو شركائها يكون لها وحدها حقوقها والتزاماتها الخاصة بها وتكون مسؤوليتها محدودة بأموالها فقط[1].

وهذه الشخصية الاعتبارية لم يصل إليها القانون إلَّا في القرون الأخيرة في حين سبقه فقهنا الإسلامي الوضعي في الاعتراف بالشخصية الاعتبارية للوقف، حيث نظر الفقه الإسلامي إلى من يدير الوقف نظرة خاصة فرّق فيها بين شخصيته الطبيعية، وشخصيته الاعتبارية كناظر للوقف، أو مدير له، وترتب على ذلك أن الوقف ينظر إليه كمؤسسة مستقلة عن أشخاصها الواقفين والناظرين، لها ذمة مالية تترتب عليها الحقوق والالتزامات فقد قرر جماعة من الفقهاء منهم الشافعية[2]، والحنابلة[3] جواز انتقال الملك إلى جهة الوقف مثل الجهات العامة كالفقراء والعلماء، والمدارس والمساجد، كما ذكر فقهاء

---

(١) يراجع لمزيد من التفصيل: د. السنهوري: الوسيط (٥/ ٢٨٨)، ود. أبو زيد رضوان: الشركات التجارية (ص١١٠)، ود. صالح المرزوقي: الشركات المساهمة في النظام السعودي، ط جامعة أم القرى (ص١٩١).

(٢) الروضة للنووي (٥/ ٣٤٢).

(٣) المغني لابن قدامة (٥/ ٦٠١).

الحنفية والشافعية[1] أنه يجوز للقيّم على الوقف أن يستدين على الوقف للمصلحة بإذن القاضي، ثمَّ يسترده من غلته، فهذا دليل على أن الوقف له نوع من الذمة المالية التي يستدان عليها، ثمَّ يسترد منها حين إدراك الغلة، قال ابن نجيم: (أجر القيّم، ثمَّ عزل، ونصب قيّم آخر، فقيل: أخذ الأجر للمعزول، والأصح أنه للمنصوب؛ لأن المعزول أجره للوقف لا لنفسه)[2]، فهذا يدل على أن الوقف من حيث هو يقبل الإجارة، حيث اعتبرت الإجارة له، وهناك نصوص كثيرة تدل على إثبات معظم آثار الشخصية الاعتبارية في القانون الحديث للوقف[3].

ولا أريد الخوض في تفاصيل ذلك، وإنما الذي أريد أن أقوله هو أن هذا التكييف الفقهي للوقف جعله مؤسسة مستقلة تطورت في القرون الأولى وقدمت خدمات جليلة لهذه الأمة وحضارتها، واستطاعت أن تحافظ على عدد كبير من القضايا الأساسية للحفاظ على متطلبات الأمة وتطويرها مثل المدارس، والجامعات والمستشفيات، وبعض المؤسسات والميراث الخاصة بالأعمال التطوعية والخيرية.

فهذا التكييف الفقهي أضفى على العمل الوقفي والخيري طابعاً مؤسسياً تميز عن الطابع الشخصي بعدة مميزات من أهمها أن المؤسسات أكثر دواماً من الشخص الطبيعي، وأن عملها أكثر قابلية للتأطير (بمعنى أن عملها يوضع في إطار منظم يتضمن حصراً للموارد المتاحة، وكيفية تعبئتها، والأهداف

---

(١) فتاوى قاضيخان بهامش الفتاوى الهندية (٣/ ٢٩٨)، والدرر المختار مع حاشية ابن عابدين (٤/ ٤٣٩)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص١٩٤)، وتحفة المحتاج (٦/ ٢٨٩).

(٢) البحر الرائق (٥/ ٢٥٩).

(٣) يراجع: مبدأ الرضا في العقود، دراسة مقارنة، ط دار البشائر الإسلامية بيروت ١٩٨٥م (١/ ٣٥٣).

المبتغاة والوسائل المستخدمة للوصول إلى الأهداف) كما أنها أكثر قابلية وتعرضاً للمحاسبة والتقويم والتقييم من خارجها، بالإضافة إلى أنه يمكن تصميمها بحيث تحتوي على نظام فعال للرقابة الداخلية، كل ذلك يعود بالتطوير على المؤسسة الوقفية[1].

ولذلك كانت معظم المؤسسات الوقفية تحت إشراف الدولة الإسلامية، وبالأخص تحت إشراف القضاء، وبالأخص تحت إشراف القضاء وبالأخص في فترات ازدهار لهذا الجانب إلَّا مع ضعف الأمة الإسلامية في مختلف مجالاتها.

ويدل على هذه الأهمية للوقف تركيز أعداء الإسلام (وبالأخص المستعمرون) على تحطيم المؤسسات الوقفية وتعييبها وتشويش صورتها وصورة القائمين عليها، ثمَّ اختيار سيِّيء السمعة والإدارة لإدارتها، ولا أظن أن هذا يحتاج إلى دليل. وقصدي من ذلك أن الوقف لو ترك دون قصد تخريبه ليتطور تطوراً كبيراً وقام بخدمات جليلة أكثر مما قدمه على مرّ التاريخ الإسلامي.

لذلك يجب علينا حينما نتحدث عن الوقف أن نوجه كل طاقتنا وإمكانياتنا لتطوير هذه المؤسسة في كل المجالات، وقد استفاد الغرب من فكرة الوقف كمؤسسة في شتى مجالات الحياة وبالأخص في مجالات التعليم والأبحاث فمعظم المراكز العلمية، والكليات والجامعات لها أوقافها الخاصة للاستمرارية مع كل هذا لدعم الهائل من حكوماتها.

---

(١) د. معبد الجارحي: ورقته المنشورة ضمن أبحاث ندوة الوقف الخيري لهيئة أبو ظبي الخيرية (ص١٢٠).

الذمَّة واحدة للوقف، أم ذمم مستقلَّة:

لا شكّ أنَّ الوقف إما أن يكون لصالح شخص وذريته، أو نحو ذلك مما يسمى في الفقه الإسلامي بالوقف الأهلي، أو الذري، فهذا له طابعه الخاص وتكون إدارته في إطار الشخص الموقوف عليه، أو ذريته فيما بعد حسب تفصيل لا يهم موضوع البحث.

وإما أن يكون الوقف على جهة خيرية مثل الوقف على المساجد، أو المدارس، أو الفقراء أو المساكين، أو الأرامل، أو اليتامى أو لمدرسة خاصة، أو لمؤسسة علمية خاصة بدراسة علم معين، أو ابتكار معين.

وهذا النوع الثَّاني هو الذي نتحدث عنه، حيث يرد سؤال: هل هذه الجهات لو اجتمعت كلها أو بعضها تحت إشراف مؤسسة يكون لكل واحدة منها ذمة مستقلة، وتعمل على أساس شخصيتها المستقلة، فلا يجوز التداخل بين حقوقها والتزاماتها وبين حقوق والتزامات جهة أخرى أم أنها ينظر إلى كلّ هذه الجهات كذمة واحدة، وحينئذٍ يحمل بعضها عن بعض؟

للجواب عن ذلك نقول: إن الأصل والمبدأ العام والقاعدة الأساسية هو الحفاظ على خصوصية كل وقف وكل جهة وإن كانت تحت إشراف إدارة واحدة، وذلك لضرورة مراعاة أن يكون ريع الوقف لنفس الجهة التي وقف عليها الواقف، قال البهوتي: (ويتعين مصرف الوقف إلى الجهة المعينة)[1]. وكذلك الأمر في حالة الالتزامات، والتعمير والبناء وذلك من خلال ترتيب هذه الجهات كصناديق خاصة لها ذمتها المالية المستقلة بقدر الإمكان.

---

(١) شرح منتهى الإرادات (٢/ ٤٠٦).

هذا هو الأصل ما دام ذلك ممكناً ولم يكن هناك ما يعارضه ويدل عليه الأدلة المعتبرة على ضرورة الحفاظ على الوفاء بالعقود والشروط إلّا الشروط التي تكون مخالفة للكتاب والسُّنَّة، أو لا تحقق الغرض المنشود من الوقف، قال القرافي: (ويجب اتباع شروط الوقف؛ لأنه ماله، ولم يأذن في صرفه إلّا على وجه مخصوص، والأصل في الأموال العصمة)[١].

قال شيخ الإسلام ابن تيمية: (والمقصود إجراء الوقف على الشروط التي يقصدها الواقف، ولهذا قال الفقهاء: إن نصوصه كنصوص الشارع يعني في الفهم والدلالة فيفهم مقصود ذلك من وجوه متعددة كما يفهم مقصود الشارع)[٢].

ومع هذا الأصل العام فإن الذي يظهر راجحاً هو جواز التصرُّف في جميع الأموال المرصودة لجهة واحدة، كالمساجد مثلاً حيث لا بدّ أن ينظر إلى جميع موقوفات المساجد الواقعة تحت إدارة الوقف كذمة واحدة حسب المصلحة الراجحة، ولكن مع تقديم مصالح الموقوف عليه من وقفه الخاص به على غيره، وإذا فضل، أو اقتضت المصلحة غير ذلك صرف منه إلى بقية الموقوف عليه من نفس الجهة وهكذا الأمر في الوقف على جهة الفقراء، أو المدارس، أو نحوها.

ولكن يرد سؤال آخر وهو: هل يمكن أن ينظر إلى جهات الخير كلها كأنها جهة واحدة يصرف من ريعها على الجميع حسب أولوية المصالح؟

فقد أفتى فقهاء المالكية بذلك حيث جاء في نوازل العلمي: (الأحباس كلها ـ إذا كانت لله ـ بعضها من بعض، وذلك مقتضى فتوى أبي محمد العبدوسي)، كما نقل فتاوى بهذا الشأن للبرزلي وابن ماجشون وغيرهما[٣]،

---

(١) الذخيرة، ط دار الغرب الإسلامي (٦/ ٣٢٦).

(٢) مجموع الفتاوى (٣١/ ٩٨).

(٣) نوازل العلمي (٢/ ٣١٣ ـ ٣١٤).

وجاء فيهما أيضاً: (قال أصبغ، وابن ماجشون: إن ما يقصد به وجه الله يجوز أن ينتفع ببعضه من بعض، وروى أصبغ عن أبي القاسم مثل ذلك في مقبرة قد عفت فيبني قوم عليها مسجداً: لم أرَ به بأساً، قال: وكذلك ما كان لله فلا بأس أن يستعان ببعضه على بعض، وقد رأى بعض المتأخرين: أن هذا القول أرجح في النظر؛ لأن استنفاد الزائد في سبيل الخير أنفع للمحبس، وأنمى لأجره)[1].

وقال أبو محمد العبدوسي في الجواب عن جمع أحباس فاس: (يجوز جمعها، وجعلها نقطة واحدة وشيئاً واحداً لا تعدد فيه، وأن تجمع مستفادات ذلك كله، ويقام منه ضروري كل مسجد من تلك المستفادات المجتمعة)[2].

وأفتى بعض علماء الحنابلة بجواز عمارة وقف من ريع وقف آخر على جهته، قال ابن مفلح: (ويصرف ثمنه ـ أي: الموقوف في حالة بيعه ـ في مثله) كذا في المحرر، والوجيز، والفروع، وزاد: (أو بعض مثله، قاله أحمد لأنه أقرب إلى غرض الواقف) ثمَّ قال: (وظاهر الخرقي أنه لا يتعين المثل، واقتصر عليه في المغني، والشرح، إذ القصد النفع، لكن يتعين صرف المنفعة في المصلحة التي كانت الأولى أن تصرف إليها؛ لأن تغيير المصرف مع إمكان المحافظة عليه لا يجوز، وكذلك الفرس إذا لم يصلح للغزو بيع واشتري بثمنه ما يصلح للجهاد، وعنه رواية أخرى: يصرفه على الدواب الحبس، وما فضل من حصره وزيته جاز صرفه إلى مسجد آخر، والصدقة به على فقراء المسلمين واختاره الشيخ تقي الدين، وقال أيضاً: وفي سائر المصالح، وبناء مساكن لمستحق ريعه القائم بمصلحته. . .)[3].

---

(١) المصدر السابق (٢/ ٣٤٤ ـ ٣٤٥).

(٢) المصدر السابق (٢/ ٣٤٤ ـ ٣٤٥).

(٣) المبدع في شرح المقنع، ط قطر (٥/ ٣٥٥ ـ ٣٥٧) بتصرف غير مخل.

فهذه الفتاوى لعلماء المذهبين تجيز النظر إلى جميع الجهات نظرة واحدة قائمة على ذمة واحدة حسب المصالح المعتبرة، والذي يظهر رجحانه هو أن يكون ذلك في دائرة الاستثناء ويبقى الأصل العام في رعاية كل وقف بذاته إلَّا لمصلحة راجحة، وهذا ما رجحه شيخ الإسلام ابن تيمية من أن يربط التصرُّف في أموال الوقف بالمصالح الراجحة أكثر من غيرها حيث قال ـ بعد جواز تغيير الوقف وبيعه ـ: (فَتُتبع مصلحة الوقف، ويدار مع المصلحة حيث كانت، وقد ثبت عن الخلفاء الراشدين ـ كعمر وعثمان ـ أنهما غيَّرا صورة الوقف للمصلحة، بل فعل عمر ما هو أبلغ من ذلك حيث حول مسجد الكوفة القديم فصار سوق التمارين وبنى لهم مسجداً آخر في مكان آخر والله أعلم)[1].

الخلاصة:

تنمية موارد الوقف يعنى بها: بذل كل الجهود الممكنة بجميع الوسائل المتاحة لزيادة موارد الوقف وتكثيرها عن طريق الاستثمار ونحوه فالوقف في حقيقته تنمية للإنسان، وعمارة للأرض وحضارة للأمة.

فهذه التنمية تقتضي الحديث عن أربعة أشياء هي في حقيقتها مكوناتها وهي:

أوَّلاً: تنمية القائمين على الوقف من خلال الارتقاء بهم ارتقاءً شاملاً للجوانب الروحية والنفسية والفكرية والإدارية والتخطيطية حتى يكونوا قادرين على التخطيط الدقيق لتنمية الأوقاف (إن خير من استأجرت القوي الأمين).

ثانياً: الحفاظ على أموال الوقف حيث نصّ الفقهاء على أن إعطاء الأوَّلوية من ريع الوقف لإصلاحه وترميمه وصيانته وعمارته، والحفاظ على كلّ نوع من أنواع الوقف بما يناسبه.

---

(١) مجموع الفتاوى (٣١/ ٣٦١).

ثالثاً: استبدال عين الوقف في حالات الهدم والخراب، أو عدم الانتفاع، أو الهجر، أو رجاء منفعة أكبر، أو الإتلاف أو الحاجة إلى التعمير مع عدم وجود مورد له، أو الخوف من الغلبة عليه، أو نحو ذلك، مع بيان أحكام استبدال المسجد.

وقد انتهى البحث إلى أن الأصل في الوقف هو عدم الاستبدال ولكنه إذا اقتضته مصلحة راجحة فهو جائز كما دلت على ذلك الأدلة المعتبرة.

وقد تطرق البحث إلى ثمن الوقف عند بيعه إلى أي شيء يجب أن يصرف فيه، فذكر أربع حالات له مع بيان شروط الاستبدال الستة والتغيير.

رابعاً: تنمية موارد الوقف عن طريق الاستثمار، حيث تطرق البحث إلى تعريفه، وحكمه الشرعي بالنسبة للفرد، والأمة حيث انتهى إلى أنه واجب كفائي على الأمة للأدلة المعتبرة.

ثمَّ تطرق البحث إلى بيان العلاقة بين الوقف والاستثمار، ثمَّ ذكر أهمّ طرق استثمار الوقف قديماً وحديثاً، وهي:

الطريقة الأولى: الإجارة التي تعتبر أهمّ الأدوات الاستثمارية للوقف قديماً حتى ربط بينها وبين الوقف، ثمَّ تطرق إلى بعض خصوصية لإجارة الوقف من حيث المدة، وأجر المثل وعدم لزوم الإجارة في حالتي زيادة المدة، وعدم أجر المثل، ومن هذه الخصوصية أيضاً المزايدة في إجارة الوقف، والإجارة بأجرتين، والحكر أو حق القرار، وحكمه ومدته وانتهاؤه على تفصيل بين الفقهاء، ومنها المرصد.

الطريقة الثَّانية: المزارعة، والثَّالثة المساقاة، والرَّابعة المضاربة، والخامسة المشاركة العادية والمشاركة المنتهية بالتمليك بصوره المعاصرة، والسَّادسة الاستصناع، والسَّابعة المرابحات، والثَّامنة إصدار سندات

المقارضة وصكوك الاستثمار الخاصة بالإجارة، أو بغيرها، ثمَّ انتهى البحث إلى بيان الشروط العامة لاستثمار أموال الوقف.

وختم البحث الموضوع ببيان أثر الشخصية الاعتبارية للوقف على تطويره وتنميته، وهل لأنواع الوقف كلها عند توافرها ذمة واحدة، أو ذمم مستقلة خاصة بكل نوع؟ أجاب عنها البحث بوضوح. وآخر دعوانا أن الحمد لله ربِّ العالمين والصَّلاة والسَّلام على رسوله الأمين وعلى آله وصحبه أجمعين.





الصفات المؤثرة في العلاقة بين الشركات (الشخصية الاعتبارية، الذمة المالية، الملكية المتداخلة، السيطرة)

(بحث فقهي قانوني مقارن)

الحمد لله ربّ العالمين، والصَّلاة والسَّلام على المبعوث رحمةً للعالمين محمَّد الهادي الأمين، وعلى إخوانه من الأنبياء والمرسلين، وعلى آله المطهرين وصحبه الطيبين، ومن تبع هداهم إلى يوم الدِّين.

وبعد:

فهذه دراسة متواضعة بعنوان (الصفات المؤثرة في العلاقة بين الشركات) جاءت بطلب من الأمانة العامة لندوة البركة، لتكون ضمن الموضوعات التي تناقشها ندوة البركة السَّابعة والعشرون التي تنعقد بجدة في رمضان ١٤٢٧هـ، وهو موضوع في غاية من الأهمية؛ لأن هناك علاقات وتعاقدات بين الشركة الأم، والشركات المتفرعة منها، أو التابعة لها، أو الزميلة لها، كما تقع تعاقدات بين الشركة وشركائها المساهمين، وبينها بين الشركات الشقيقة، فهل تعتبر هذه الشركات كلها مستقلة وبالتالي تعتبر متعددة، وحينئذ تعامل كل واحدة مع الأخرى معاملة الشخص مع غيره، أو أنها تعتبر واحدة، وبالتالي تعامل معاملة الشخص مع نفسه؟

ولأهمية هذا الموضوع ندرس هذه الاحتمالات محاولين أن نضع معايير لضبط هذه العلاقات بقدر الامكان، سائلين الله تعالى أن يلبس عملنا هذا ثوب الاخلاص وحليّ القبول وأن يعصمنا من الخلل والزلل في القول والعمل، إنه حسبنا ومولانا فنعم المولى ونعم النصير.

تمهيد

فقد وردتني رسالة من الأمانة العامة لندوة البركة لدراستها، تتضمَّن بعض الأسئلة، نذكرها، وهي:

إذا تحققت الشخصية المعنوية (الاعتبارية، القانونية)[1] للشركة، وأصبح لها اسم خاص بها وذمة مالية مستقلة ترتبت عليها مجموعة من الآثار في الحالتين:

الحالة الأولى: حالة اعتبار شركة مثل (أ) مع صاحبتها (ب) شخصيَّتين اعتباريَّتين مستقلَّتين، وحينئذ يترتب على هذه الاستقلالية مجموعة من الآثار منها:

١ ـ أن الربا بينهما يتحقق إذا توافرت شروطه لأنه لا يدخل في باب (ربا النفس).

٢ ـ أن بيع العينة لا يتحقق بينهما إذا دخل بينهما طرف ثالث؛ أي: أن شركة (أ) إذا اشترت بضاعة من طرف ثالث، ثمَّ باعت لـ (ب) فإن العينة منتفية لأن العلاقة ثلاثية، في حين لو اعتبرناهما شخصاً واحداً لتحققت العينة بينهما؛ لأن العلاقة ستبقى ثنائية.

---

(١) هذه الأسماء كلها بمعنى واحد، فهي شخصية معنوية لأنها تمثل معنى وليست مادة ولا شخصاً طبيعيًّا، وهي شخصية اعتبارية؛ لأنها لا تمثل شخصية حقيقية، وإنما هي فرض واعتبار وتقدير. وهي تدخل في الشخصية القانونية لأن اعتبارها جاء من القانون، وبالقانون، ولذلك لا قيمة لها إلَّا بعد استكمال الشروط القانونية، واعتراف الدولة بها، وهذا المنهج ليس بعيداً عن منهج الفقه الإسلامي في اعترافه بهذه الاعتبارات مثل (الذمة).
يراجع: د. فوزي سامي: شرح القانون التجاري، ط دار الثقافة بعمان ١٩٩٥م (٣/ ٥١)؛ ود. علي القره داغي: مبدأ الرضا في العقود، ط دار البشائر الإسلامية ـ بيروت.

٣ ـ جواز ضمان إحداهما للأخرى في المضاربة والمشاركة ونحوهما مما لا يجوز أن يضمن العاقد أن يضمن رأس المال ونحوه.

الحالة الثانية: حالة اعتبارهما شخصاً اعتبارياً واحداً، وحينئذ لا يتحقق بينهما الربا لأنه من باب (ربا النفس)، ويتحقق بينهما بيع العينة كما سبق، ولا يجوز ضمان إحداهما لأخرى؛ لأنه من باب ضمان النفس.

ومن جانب آخر فإن هناك حالات كثيرة تحتاج إلى وجود معيار للتمييز بينها وهي:

١ ـ متى تعتبر الشركة مستقلة عن مساهميها.

٢ ـ ومتى تعتبر الشركة مستقلة عن شركة أخرى، أو كما جاء في ورقة العمل التي كلفنا بدراستها: (تتعدد صور العلاقات بين الشركات، أو حتى بين الشركات والشركاء المالكين أسهماً فيها، والمؤسسات بحاجة إلى التعرف على نوع العلاقة المانعة من إجراء بعض العمليات، كشراء سلعة من شريك أو شركة بثمن حال وبيعها بالمرابحة المؤجلة إلى شركة أخرى (بيع العينة)، وكذلك تحقق الربا في اقراض شركة لأخرى بزيادة، أو عدم تحققه (ربا النفس)، وكذلك إصدار شركة ضماناً لشريك أو شركة أخرى على أساس أنه ضمان طرف ثالث مع وجود علاقة بين الطَّرفين... إلخ وهذه المسائل تقع بين الشركة الأم وفروعها أو الشركات التابعة أو الزميلة لها، كما تقع بين الفروع المتعددة لشركة ما (الشركات الشقيقة)، والحاجة ماسة إلى تحديد نوع الصفة المؤثرة في الحكم، هل هي:

* الشخصية الاعتبارية للطرفين بصرف النظر عن مقدار الملكية بينهما.

* الذمة المالية من حيث استقلالها في كل طرف.

* الملكية المتداخلة بين الشركتين أو بين الشركة وأحد الشركاء ونسبتها.

* السيطرة من خلال العضوية في مجالس الإدارات ممن يمثل الشركات.

وهذه الدراسة تتطلب دراسة الشخصية الاعتبارية عند القانونيين، والشرعيين، ودراسة الذمة المالية للشركة، والشركاء، وللشركة الأم والشركات المرتبطة بها والملكية المتداخلة بينهما، ومدى تأثير كون الشريك رئيساً لمجلس الإدارة، أو عضواً منتدباً أو رئيساً تنفيذيًّا، أو عضواً في مجلس الإدارة، أو بعبارة أخرى استعراض هذه الصفات وتحديد المؤثر منها وضوابط تأثيره وبيان التطبيقات للأحكام المشار إلى أهمها في هذا التمهيد.

منطلقات هذا البحث

يعتمد هذا البحث على مجموعة من المنطلقات، أو «الفرضيات» حسب مصطلح الاقتصاديين، وهي:

*** الفَرَضِيَّةُ الأولى هي:**

١ ـ أنَّ بيع العينة محرم غير جائز شرعاً بناءً على الأدلة المعتبرة، وقرارات المجامع الفقهية، وأن العينة تقع عندما يبيع شخص لآخر بضاعة بثمن آجل ثم يبيعها المشتري للذي باعها بثمن عاجل أقل.

٢ ـ وأن بيع العينة كما يتحقق بين شخصين طبيعيين كذلك يتحقق بين الشركتين المتعاملتين بالبيع والشراء، وإعادة الشراء.

٣ ـ وأن دخول شخص طبيعي ثالث غير البائع والمشتري بشراء البضاعة يبعد عن الصفقة موضوع العينة فهل يتحقق ذلك بكونه شخصاً اعتباريًّا على الإطلاق؟

للجواب عن ذلك نقول: إن كانت الشركة مستقلة لها ذمة مالية مستقلة ليست مملوكة للبائع أو المشتري فإنها تعتبر طرفاً ثالثاً، يكون حالها حال الشخص الطبيعي، وإلَّا فلا.

ولكن الإشكالية تكمن في معيارية الاستقلال والغيْرية، فقد صدرت فتوى (٨/٨) من ندوة البركة الثامنة نصت على ما يلي:

«١ ـ تتحقق العينة المحرمة إذا اشترى شخص سلعة بعشرين ريالاً مؤجلة من شركة، ثم باعها بخمسة عشر ريالاً حالةً إلى شركة أخرى إذا كان مالك الشركتين واحداً (شركة قابضة).

٢ ـ إذا كانت إحدى الشركتين (البائعة للسلعة بثمن مؤجل) مملوكة بالكامل لمالك معين، والشركة الأخرى (المشترية للسلعة بثمن حال أقل) مملوكة لذلك المالك جزئيًّا؛ فإن العينة لا تتحقق، لأن السلعة لم تعُدْ لبائعها، بل عادت له ولغيره، وهذا في غير حالة التواطؤ»[١].

*** الفَرَضِيَّةُ الثانية تقوم على:**

١ ـ أن فوائد البنوك من الربا المحرم، وأنها تتحقق بين شخصين إذا كانت ذمتاهما منفصلتين كما هو الحال بين شخصين طبيعيين، أو بين شركتين منفصلتين تماماً.

٢ ـ وأن كون إحدى الشركتين تابعة للأخرى تماماً يُبْعِدُ حقيقة الربا لأنه يكون بمثابة الربا مع النفس، وهنا يأتي السؤال حول معيارية ذلك؟

وقد اعتمدت فتوى (٨/ ٩) من فتاوى الندوة الثامنة للبركة على الملكية الكاملة حيث نصت على:

«١ ـ إذا اقترضت شركة من شركة أخرى بفائدة لغرض الاستفادة من الإعفاءات الضريبية، أو لغير ذلك من الأغراض المشروعة بعيداً عن أخذ الربا، وإعطائه حقيقة، فإن هذا الاقتراض لا يُعدّ رباً إذا كانت الشركتان مملوكتين لمالك واحد، لأن هذه معاملة صورية، لاتحاد الذمة المالية للشركتين، وهي من تعامُل الشخص مع نفسه.

---

(١) قرارات وتوصيات ندوات البركة للاقتصاد الإسلامي ١٤٠٣ ـ ١٤٢٢هـ، ص١٤٠.

٢ ـ إذا كانت إحدى الشركتين مملوكة جزئيًّا لمالك معين واقترضت بفائدة من الشركة الأخرى المملوكة له كليًّا، أو جزئيًّا، فين الربا يتحقق، لاختلاف الذمة المالية بين المقرض والمقترض»[١].

*** الفَرَضِيَّةُ الثالثة تقوم على:**

١ ـ أن التمويل بعقد الاستصناع يتم من خلال عمليتين هما عقد الاستصناع الأول الذي يكون العميل مستصنعاً، والبنك صانعاً، ثم يدخل البنك مع مقاول، أو صانع فعلي فيعقد معه عقد الاستصناع الموازي من حيث الشروط والمواصفات الموجودة في العقد الأول ولكن دون ربط بينهما، وهكذا الأمر في السلم حيث يدخل البنك مع صاحب الثمر أو نحوه (المسلم إليه/ البائع) بعقد السلم، ثم يدخل البنك في عقد سلم موازٍ، وهكذا.

٢ ـ وأن الصانع في الاستصناع الموازي، أو المشتري (المسلم) في السلم الموازي لا يجوز أن يكون الشخص الأول (العميل الذي كان صانعاً، أو البائع) لأنه يؤدي إلى وحدة الذمة، أي إلى أن يكون الصانعُ والمستصنع واحداً، وأن يكون البائع والمشتري في السلم واحداً في النتيجة، وكذلك الحال في المرابحات.

وهنا يرد السؤال: متى يتحقق المغايرة أو الاتحاد بالنسبة للشركات؟

*** الفَرَضِيَّةُ الرابعة تقوم على:**

١ ـ أن ضمان المضارب في مضاربته، والشريك في تجارته، والوكيل في تصرفاته غير جائزة لأن يد هؤلاء يد أمان.

٢ ـ وأن ضمان الطرف الثالث لهؤلاء جائز كما صدر بذلك قرار رقم ٣٠ (٣/ ٤) من مجمع الفقه الإسلامي الدولي[٢].

---

(١) قرارات وتوصيات ندوات البركة ص١٤١.

(٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، العدد ٤ ج٣ ص١٨٠٩.

والسؤال هنا: من هو الطرف الثالث بالنسبة للشركات؟

وقد طرحت الأمانة العامة للندوة عدة احتمالات، أو عدة معايير وهي:

١ ـ الاعتماد على معيار الشخصية الاعتبارية، بحيث إذا تحققت أصبحت الشركة شركة مستقلة عن غيرها.

٢ ـ معيار الذمة المالية المستقلة.

٣ ـ معيار الملكية المتداخلة بين الشركتين، أو بين الشركة، وأحد الشركاء، ونسبتها.

٤ ـ السيطرة الإدارية من خلال العضوية في مجالس الإدارات ممن يمثل الشركات.

وفي رأيي: إنه لا يمكن الاعتماد على معيار واحد للإجابة على الأسئلة الأربعة التي انطلقت من خلال الفرضيات السابقة، وهذا ما سنبحثه ونحاول الوصول إلى إجابة شافية بإذن الله تعالى.

أوّلاً ـ الشخصية الاعتبارية (وتسمى القانونية والمعنوية)

وهي: إعطاء صفة الأهلية القانونية ـ ما عدا ما يخص الجانب الإنساني ـ للشركة (أو نحوها)، واعتبار ذمتها مستقلة ومنفصلة عن أهلية الشركاء (المساهمين) بحيث تكون للشركة ذمة مالية خاصة بها[١].

وقد نصت المادة (٥٣) من القانون المدني المصري على أنه:

١ ـ يتمتع الشخص الاعتباري بجميع الحقوق الا ما كان منها ملازماً لصفة الإنسان الطبيعية، وذلك في الحدود التي قررها القانون.

---

(١) يراجع: الدكتور السنهوري: الوسيط ط دار إحياء التراث العربي (٥/ ٢٨٨)، ود. علي حسن يونس: الشركات التجارية (ص٧٩)، والدكتور فوزي محمد سامي، ط دار الثقافة بالادرن (٣/ ٥١).

٢ ـ فيكون له:

(أ) ذمة مالية مستقلة.

(ب) أهلية في الحدود التي يعينها سند إنشائه، أو التي يقررها القانون.

(ج) حقّ التقاضي.

(د) موطن مستقل، ويعتبر موطنه المكان الذي يوجد فيه مركز إدارته، والشركات التي مركزها الرئيسي في الخارج، ولها نشاط في مصر يعتبر مركز إدارتها، بالنسبة إلى القانون الداخلي، المكان الذي توجد فيه الإدارة المحلية.

٣ ـ ويكون له نائب يعبر عن إرادته.

فالشركة إذن تعتبر شخصاً مستقلاً عن الشركاء، وكذلك الجمعيات، والمؤسسات تعتبر شخصيات مستقلة عن أعضائها.

وعلى ضوء ذلك أصبح هناك شخصية قانونية إلى جانب الشخصية الطبيعية للإنسان[١].

وقد اختلف القانونيون في طبيعة الشخصية الاعتبارية: هل هي حقيقة واقعة أم افتراض ومجاز؟ ولا يسع المجال للخوض فيها، ولكن الذي لا خلاف فيه هو أنه حقيقة قانونية فرضتها ضرورات الحياة الاقتصادية والاجتماعية[٢].

---

(١) د. عبد المنعم البدراوي: المدخل للعلوم القانونية، ط دار النهضة العربية ـ بيروت ١٩٦٦م (ص١٩٢)، والدكتور فوزي محمد سامي، المرجع السابق (٣/ ٥١).

(٢) يراجع لمزيد من التفصيل: د. عبد المنعم الصدة: أصول القانون ط دار النهضة العربية ببيروت ١٩٧٨م (ص٤٧٤)، والدكتور علي القره داغي: مبدأ الرضا في العقود ط دار البشائر الاسلامية ببيروت (١/ ٣٤٩ ـ ٣٥٨).

عناصر الشخصية الاعتبارية:

والشخصية المعنوية تحتاج إلى عنصرين هما:

١ ـ **عنصر موضوعي**، وهو وجود جماعة من الأشخاص، أو مجموعة من الأموال ترصد لتحقيق غرض محدد.

٢ ـ **عنصر شكلي**، وهو اعتراف الدولة لتلك المجموعة بالشخصية المعنوية إما اعترافاً عامًّا عندما تكتسب بقوة القانون، أو خاصًّا بكل شركة أو مؤسسة.

وقد نصت المادة (٥٠٦) من التقنين المدني المصري على ما يأتي:

(١ ـ تعتبر الشركة بمجرد تكوينها شخصاً اعتباريًّا، ولكن لا يحتج بهذه الشخصية على الغير إلا بعد استيفاء اجراءات النشر التي يقررها القانون.

٢ ـ ومع ذلك للغير إذا لم تقم الشركة باجراءات النشر المقررة أن يتمسك بشخصيتها).

ويوجد مثل هذا النص في معظم القوانين العربية الأخرى، مثل المادة (٤٧٤) من القانون المدني السوري، والمادة (٦٢٧) من القانون المدني العراقي، وكذلك الحال في القوانين الخليجية[١] مثل المادة (٥١٤) من القانون المدني القطري، ونصت المادة الثَّامنة من القانون التجاري العراقي على أنه: (فيما عدا شركة المحاصة، لا تكون للشركة شخصية اعتبارية إلَّا بعد شهرها وفقاً لأحكام هذا القانون، ويكون مديرو الشركة أو أعضاء مجلس إدارتها بحسب الأحوال مسؤولين بالتضامن عن الأضرار التي تصيب الغير من جراء عدم شهر الشركة).

---

(١) المراجع القانونية السابقة.

بدء الشخصية المعنوية:

تبدأ الشخصية المعنوية للشركات المدنية والتجارية (عدا شركة المحاصة التي ليست لها شخصية معنوية) بعد الإجراءات القانونية التي يتطلبها القانون من موافقة الدولة، وشهر الشركة وإجراءات التسجيل ونحوها[١].

وتظل هذه الشخصية قائمة ما دامت الشركة قائمة، ولذلك تنتهي بانقضاء الشركة، أو بحلها سواء أكان لسبب خاص، أو لسبب عام[٢].

نتائج الاعتراف بالشخصية المعنوية:

ويترتب على الاعتراف للشركة بالشخصية المعنوية نتائج مهمة منها:

(أ) ذمة الشركة:

حيث تصبح لها ذمة مالية مستقلة عن ذمم الشركاء، ويترتب على ذلك آثار كبيرة، منها:

١ ـ أن ذمة الشركة هي الضمان العام لدائني الشركة دون دائني الشركاء كما أن ذمم الشركاء هي الضمان العام لدائنيهم الشخصيين إلّا في شركة التضامن فإن ذممهم فيها ضامنة لديون الشركة جميعها.

٢ ـ أن حصة الشريك تنقل إلى ذمة الشركة بمجرد أن يقدم الشريك حصته في رأس مال الشركة.

٣ ـ أنه لا يجوز التمسك بالمقاصة بين ديون الشركة وديون الشركاء كما أن إفلاس الشركة أو الشركاء لا يستلزم منه إفلاس الآخر[٣].

---

(١) المراجع القانونية السابقة.

(٢) الشركات التجارية للدكتور أبو زيد رضوان (ص١١٠)، وقوانين الشركات في دول مجلس التعاون الخليجي للدكتور سعيد يحيى (ص٦٦).

(٣) وقد صدرت بذلك نصوص قانونية مدنية وتجارية، يراجع: الدكتور فوزي محمد سامي: المرجع السابق (٣/ ٥٨).

(ب) الاسم، والعنوان التجاري:

حيث لا بدّ أن يكون للشركة اسم حسب قواعد وضوابط حددتها القوانين، وبالنسبة للشركات التجارية لا بدّ أن يكون لها عنوان تجاري.

(ج) الموطن والجنسية:

حيث تتحقق للشركة أهلية قانونية من حيث الحقوق والالتزامات في الحدود التي يعينها سند إنشائها، أو التي يقررها القانون، ولكن مسؤوليتها كقاعدة عامة هي مسؤولية مدنية إذ لا يمكن معاقبتها جنائياً إذا ارتكبت ما يوجب ذلك.

(د) أهلية الشركة:

تتمتع الشركة عند اكتسابها الشخصية المعنوية بأهلية الأداء الكاملة للتصرف في الحدود التي حددها سند انشائها، وهو عقد الشركة ونظامها الأساسي، فلها حق التملك والتقاضي، والتصرُّفات القانونية باسمها، وكذلك تتربت عليها المسؤولية المدنية الناتجة عن العقد، أو عن تقصير أحد موظفيها، أو القائمين على إدارتها إذا كان التقصير يخص الشركة، كما تسأل عن الأضرار التي تسببها منتجاتها، أو أدواتها، وكذلك يمكن مساءلة الشركة جزائياً، ولكن لا تطبق عليها العقوبات البدنية[١].

(هـ) ممثل الشخصية المعنوية للشركة:

لا بدَّ أن يكون شخصاً طبيعيًّاً يدير أعمالها وشؤونها وهو المدير، أو مجلس الإدارة[٢].

---

(١) المرجع السابق (٣/ ٥٩).

(٢) يراجع: الشركات التجارية للدكتور أبو زيد رضوان (ص١١٠)، وقوانين الشركات في دول مجلس التعاون الخليجي للدكتور سعيد يحيى (ص٦٦)، وما بعدها، والوسيط للسنهوري (٥/ ٢٨٨).

والشخصية المعنوية كانت مثار خلاف بين المعاصرين المهتمين بالفقه الاسلامي ولكنه استقر الأمر بينهم الآن على الاعتراف بها على أنها إجراء قائم على التراضي وعلى أن الفقه الاسلامي وإن لم يكن يعرف هذا المصطلح لكنه عالج آثاره بشكل يكاد يقر بنوع من استقلالية الذمة لبعض المؤسسات والجهات كالوقف وبيت المال، كما أن الشركات تقوم على الوكالة من الطَّرفين، وأن المالين بمثابة مال واحد[1].

ثانياً ـ تأسيس شركة المساهمة والخطوات العملية له

اتفقت القوانين والأنظمة الخليجية (والعربية) على الإجراءات اللازمة لتأسيس شركة المساهمة على النحو التالي:

(أ) تحرير العقد الابتدائي للشركة ونظامها الأساسي من قبل المؤسسين الذي يحررون مشروع النظام الأساسي للشركة، ودفع نسبة من رأس المال، ووضعها في أحد البنوك.

(ب) استصدار قرار وزاري، أو مرسوم يرخص بالتأسيس حسب القوانين حيث يكتفي بعضها بقرار وزاري، وبعضها لا يتم إلَّا بمرسوم.

(ج) الاكتتاب في رأس المال؛ أي طرح بقية الأسهم على الجمهور.

(د) دعوة الجمعية العمومية التأسيسية إلى الاجتماع[2].

وهذه الإجراءات اجراءات إدارية لا مانع منها شرعاً حيث تدخل ضمن المصالح المرسلة التي تقرها شريعتنا.

---

(١) يراجع لتفصيل ذلك: مبدأ الرضا في العقود للدكتور القره داغي (١/ ٣٤٩ ـ ٣٥٨).

(٢) يراجع: قوانين الشركات في دول مجلس التعاون الخليجي للدكتور سعيد يحيى (ص١٤٠)، والشركات التجارية للدكتور أبو زيد رضوان (ص٤٤٩).

بيان الحكم الشرعي للموضوع

تحرير محل النزاع (أين الإشكالية؟):

لا شك أن الشركات في القانون من حيث الاستقلال، والاتباع، والاتحاد ليست على سنن واحد، وإنما تختلف من حيث النوعية والاستقلال أولاً، ثمَّ من حيث التبعية ثانياً، لذلك علينا أن نتحدث عن هذين النوعين:

*** النوع الأوَّل: الشركات المستقلة من حيث هي:**

وهي الشركات المعروفة التي لها شخصية معنوية وهي شركة التضامن، وشركة التوصية البسيطة، والشركة المساهمة العامة، والشركة ذات المسؤولية المحدودة، وشركة التوصية بالأسهم[1].

فهذه الشركات كل واحدة منها إذا تأسست وتوافرت شروطها وضوابطها فإنها مستقلة بلا شك، ولا يرد التساؤل هنا عن التبعية، وإنما يرد التساؤل في حالة واحدة وهي مدى انفصال المساهم مهما كان موقعه في الإدارة ومهما كان مقدار تملكه، فهل يعدّ منفصلاً تماماً ومستقلاً بحيث تطبق عليه جميع الضوابط والقواعد التي تحكم علاقة الشركة بالأجنبي عنها؟

للجواب عن ذلك نقول: إن ذمة الشركة مستقلة ومنفصلة عن ذمم الشركاء المساهمين ـ كما سبق ـ إلَّا في شركة التضامن ونحوها ومع ذلك فهناك قيود على أعضاء مجلس الإدارة، وهذا ما سنتحدث عنه فيما يأتي:

القيود على مجلس الإدارة في التعامل مع النفس، ونحوه:

من المعلوم أنه من الناحية القانونية أن مجلس الإدارة (رئيساً وعضواً منتدباً وأعضاءً)، وكيل (بالتضامن) عن الشركة وكالة بالأجر، وبالتالي تقع عليهم حقوق وواجبات تفرضها أحكام الوكالة على كل عضو من أعضاء

---

(١) المراجع السابقة.

مجلس الإدارة وبالإضافة إلى ذلك فإن قوانين الشركات في معظم بلاد العالم تفرض واجبات تتعلق بسلامة إدارة الشركة لضمان تحقيق أغراضها بكل شفافية ووضوح، كما أنها تفرض بعض قيود على تصرفات أعضاء المجلس مع الشركة فيما يتعلق بمصالحهم، أو مصالح أقاربهم من الدرجة الأولى، أو الزوجة، وذلك مثل ما نصَّ عليه القانون الأردني التجاري في مادته (١٦٧) على أنه: (يجب على كل عضو في مجلس إدارة الشركة أن يقدم إلى المجلس في أول اجتماع له إقراراً خطِّيًّا بما يملكه هو وزوجته وأولاده القصر من أسهم في الشركة التي هو عضو في مجلس إدارتها. . . وأنه لا يجوز لمجلس الإدارة أن يقدم قرضاً نقديًّا لأحد أعضاء المجلس أو لرئيسه، أو إلى أصول أي منهم أو فروعه، أو زوجه، ويستثنى من ذلك البنوك والشركات المالية التي يجوز لها أن تقرض أيًّا من أولئك ضمن غاياتها، وبالشروط التي تتعامل بها مع عملائها الآخرين).

وكذلك حظرت بعض القوانين ـ ومنها القانون التجاري الأردني ـ على مجلس الإدارة أن يتعاقد باسم الشركة مع رئيس مجلس الإدارة، أو مع أحد أعضائه، أو مديرها العام. . . ولا يجوز أن يكون لأي منهم مصلحة مباشرة، أو غير مباشرة في العقود والمشاريع، والارتباطات التي تعقد مع الشركة، أو لحسابها، باستثناء التعهدات والمناقصات العامة التي يسمح فيها للجميع التنافس، وفي هذه الحالة إذا كان العرض الأنسب من أحد المذكورين أعلاه فلا بدّ أن يوافق ثلثا أعضاء مجلس الإدارة لقبول عرضه[١].

القيود على أعضاء مجلس الإدارة تختلف من شركة إلى أخرى:

فقد ذكرنا بعض القيود على أعضاء مجلس الإدارة في الشركة المساهمة في حين أن القيود على الشركاء في شركة التضامن أكثر، فمثلاً (لا يجوز التنازل عن الحصص في شركة التضامن إلَّا بموافقة جميع الشركاء، أو بمراعاة

---

(١) يراجع: د. فوزي محمد سامي: شرح القانون التجاري الأردني (٤/ ٢٨٧).

القيود الواردة في عقد الشركة، وفي هذه الحالة يعدل العقد، ويشهر التنازل. . . وكل اتفاق يقضي بجواز التنازل عن الحصص دون قيد يعتبر باطلاً. . .) المادة: ٢٧ من القانون التجاري القطري.

بل إنه: (لا يجوز للشريك بغير موافقة الشركاء أن يمارس لحسابه أو لحساب الغير نشاطاً من نوع نشاط الشركة، أو أن يكون شريكاً في شركة تنافسها إذا كانت هذه الشركة شركة تضامن، أو شركة توصية بسيطة، أو بالأسهم، أو شركة ذات مسؤولية محدودة) المادة: ٢٩ من القانون التجاري القطري.

وأكثر من ذلك يترتب على عزل المدير الشريك المعني ـ حتى لو تمَّ عزله بالاجماع، أو بقرار من المحكمة ـ حل الشركة ما لم ينص عقد الشركة على خلاف ذلك (م٣٧ ق.ت).

وبالمقابل فإن المدير الشريك لا يجوز له أن يعتزل الإدارة بغير أسباب مقبولة، وإلَّا كان مسؤولاً عن التعويض (م٣٨ ق.ت).

كما أنه لا يجوز عزله إلَّا بإجماع الشركاء أو بقرار من المحكمة بناءً على طلب أغلبية الشركاء (م٣٧ ق.ت).

وكذلك الحكم في شركة التوصية البسيطة[1] بالنسبة للشركاء المتضامنين وهم الذين يديرون الشركة، ويكونون مسؤولين بالتضامن عن جميع التزاماتها في أموالهم الخاصة (م٤٤ ق.ت).

ففي شركة التوصية البسيطة تطبق القواعد والأحكام العامة لشركة التضامن على الشركاء المتضامنين فقط في حين أن الفئة الثَّانية المكوّنة لهذه الشركة وهم الشركاء الموصون (لا يجوز لهم أن يتداخلوا في إدارة الشركة

---

(١) شركة التوصية البسيطة تتكون من فئتين، إحدهما: شركاء متضامنون، والثَّانية: شركاء موصون غير متضامنين. . . راجع: د. فوزي سامي: المرجع السابق.

ولو بموجب توكيل، وإلَّا أصبح مسؤولاً بالتضامن عن الالتزامات الناشئة عن أعمال إدارته. . .) (م٤٨ ق.ت).

كما أن القرارات في هذه الشركة تصدر بإجماع آراء الشركاء المتضامنين ما لم ينص عقد الشركة على خلاف ذلك، ولا تكون القرارات المتعلقة بتعديل عقد الشركة صحيحة إلَّا إذا صدرت بإجماع آراء الشركاء المتضامنين والموصين. . . (م٥٠ ق.ت).

وكذلك الحال في شركة التوصية بالأسهم بالنسبة إلى الشركاء المتضامنين، حيث (تعتبر الشركة بالنسبة إلى الشركاء المتضامنين شركة تضامن، ويعتبر الشريك المتضامن تاجراً. . .) (م٢٠٧ ق.ت).

الحكم في الشركات الثلاث التضامنية:

أوَّلاً: لا يعتبر الشريك المتضامن في شركات التضامن، والتوصية البسيطة، والتوصية بالأسهم أجنبيًّا عن الشركة في مسألة الضمان، حيث لا يعتبر ضمان الشريك المتضامن في الشركات الثلاث السابقة ضماناً من الغير، وبالتالي فلا يجوز ولا يصح أن يضمن التزامات الشركة القائمة على الأمانات (أي: ما عدا الدُّيون المستقرة في الذمة)[1].

وبعبارة مفصلة: لا يجوز للشريك المتضامن أن يضمن لربّ المال المتعامل مع إحدى الشركات الثلاث رأس ماله (أي: في حالة كون الشركة مضارباً) إلَّا لحالات التعدي أو التقصير، أو المخالفة للشروط وهو في الحالات الثلاث ضامن بحكم كونه شريكاً متضامناً مع بقية الشركاء، فيكون ضمانه تحصيل حاصل، أو تأكيداً مجرداً لضمانه وكذلك الحال بالنسبة للشركاء من خارج الشركة، أو للشركاء الموصين، حيث لا يجوز للشريك

---

(١) وحتى هذه فلا حاجة لهذا الضمان إلَّا لمجرد التأكيد؛ لأنه ضامن بحكم كونه شريكاً متضامناً.

المتضامن أن يضمن لهم رأس مالهم المشارك به في إحدى هذه الشركات الثلاث إلَّا في حالات التعدي أو التقصير أو مخالفة الشروط.

وذلك لأن الشريك المتضامن جزء أساس من الشركة ولا تنفصل ذمته عن ذمة الشركة ولو كانت لها شخصية معنوية، ولا عن ذمة الشركاء فيما يخص أعمال الشركة ومسؤولياتها، حيث انضمت ذمته إلى ذمتهم، ولهذا شبيه كامل يتمثل في شركة المفاوضة عند الحنفية ـ كما سيأتي ـ.

ومن هنا فالشخصية المعنوية شكلية هنا لم يتحقق لها أهمّ مكوناتها وهي الذمة المالية المستقلة، والمسؤولية المحدودة، بل إن شركات التضامن ونحوها تحمل أسماء الشركاء المتضامنين وجوباً قانونيًّا، حيث تنص القوانين المنظمة لها على أنه: (يتكوَّن اسم شركة التضامن من أسماء جميع الشركاء، ويجوز أن يقتصر اسمها على اسم شريك، أو أكثر مع إضافة كلمة (وشركاه)، ويكون اسم الشركة مطابقاً للحقيقة. . .) (م٢٠ ق.ت).

وحتى لو سمحت القوانين بوجود اسم تجاري لشركة التضامن ونحوها، لا بدّ أن يذكر معها بما يدل على أنها شركة تضامن بين الشركاء، وأكثر من ذلك أن الشريك المتضامن يصبح تاجراً بمجرد صدور الموافقة على الشركة مما يدل بوضوح على مدى التداخل فيما بينهما، فكأنهما روحان في بدن واحد، أو بدنان انصهرا في بوتقة روح واحدة، فازدادت نسبة الذوبان والاندماج، وقربت جدًّا مسافات البعد بينهما.

وكل ذلك يضعف الشخصية المعنوية، ويجعلها ضعيفة لا يُبقى لها دوراً سوى كونها تنظيماً إداريًّا، وحينئذ فلا يعول عليها، وبالتالي يكون من باب ضمان النفس وهو باطل في عقود الأمانات بالإجماع[1]، جاء في الجامع الصغير: (وكذلك رجلان باعا عبداً صفقة واحدة، وضمن أحدهما للآخر

---

(١) الجامع الصغير للإمام محمد بن حسن الشيباني ت ١٨٩هـ، ط عالم الكتب ببيروت ١٤٠٦هـ (١/ ٢٧٩).

حصته من الثمن فالضمان باطل لأنه لا وجه لتصحيح الضمان مع الشركة حتى لا يصير ضامناً لنفسه)[1].

ثانياً: في مسألة التعاقدات المالية تطبق على الشريك أحكام شركة المفاوضة، وفي نظري لا يجوز للشريك المتضامن أن يتعامل مع الشركة (التضامن) إلّا في حدود ما أذن به نظام الشركة أو القانون المنظم لها، وبعبارة أخرى فلا يجوز في حالة الإطلاق مطلقاً.

ثالثاً: بالنسبة لتطبيق موضوعات العينة، والربا، ونحوهما مما ورد من الأسئلة نقول: إن الربا يتحقق إذا تمَّ بين الشركة، وبين الشريك، إلّا إذا كانت الشركة كلها لهذا الشريك نفسه، وحينئذٍ يكون الربا صورياً، فلا مانع.

وأما بيع العينة إذا تمَّ بين الشركة والشريك فهو كالآتي:

لا يجوز أن يشتري الشريك من الشركة إذا كانت مملوكة له، أو كان هو الذي يديرها.

أما إذا لم يكن كذلك فلا مانع بشرط عدم التواطؤ، وقصد التحايل.

الحكم في الشركات المساهمة:

إن التعامل بين الشركاء في أموال الشركات المساهمة يدفعنا إلى الحديث عن أحكام تعامل الشريك في أموال الشركة لصالح نفسه، وتعامل المضارب، أو ربّ المال في أموال المضاربة لصالحه، وهذا يقتضي منا أن نتطرق إلى أحكام تعامل الشريك مع أموال الشركة، وتعامل ربّ المال، أو المضارب مع أموال المضاربة.

---

(١) المصدر السابق (١/ ٢٧٩).

حكم بيع وشراء ربّ المال أو المضارب من أموال المضاربة:

فقد تطرق فقهاؤنا الكرام إلى العلاقة التعاقدية التي تتم بين المضارب ورب المال في أموال المضاربة نفسها، وفي غيرها، حيث اتفقوا على جواز التعاقد بينهما في غير أموال المضاربة، ولكنهم اختلفوا في التعامل في أموال المضاربة بين ربّ المال والمضارب، حيث ذهب الحنفية والمالكية، وأحمد في رواية إلى أنه يجوز شراء ربّ المال من أموال المضاربة، وشراء المضارب منها وإن لم يكن في المضاربة ربح؛ لأن لرب المال في مال المضاربة ملك رقبة، لا ملك تصرف، وملكه في حق التصرُّف كملك الأجنبي، وللمضارب فيه ملك التصرُّف، لا الرقبة، فكان المضارب في حق ملك الرقبة كملك الأجنبي، كما لا يملك ربّ المال منع المضارب عن التصرُّف، فكان مال المضاربة في حق كل واحد منهما كمال الأجنبي لذلك جاز الشراء بينهما[1].

ولكن المالكية قيدوا شراء ربّ المال من المضارب (العامل) شيئاً من مال المضاربة بصحة القصد، بأن لا يتوصل إلى أخذ شيء من الربح قبل المفاصلة، وبعبارة مختصرة: أن لا يكون في التعاقد محاباة؛ أي: يشتري منه بمثل شرائه من الآخرين بسعر السوق ولا مانع بعد ذلك من كون الشراء بنقد أو بأجل[2].

وذهب الشافعية، وزفر من الحنفية إلى منع المضارب من بيع أموال المضاربة لرب المال سواء ذلك قبل الربح أم بعده؛ لأن ذلك يؤدي إلى بيع ماله بماله، وهذا غير جائز، وغير صحيح، جاء في الروضة: (لا يجوز

---

(١) يراجع: حاشية ابن عابدين (٤/ ٤٩١ ـ ٤٩٢)، وبدائع الصنائع (٦/ ١٠١)، وحاشية الدسوقي (٣/ ٥٢٦، ٥٢٨)، والتاج والإكليل (٥/ ٣٦٥)، والإنصاف (٥/ ٤٣٨ ـ ٤٣٩)، ويراجع: الموسوعة الفقهية الكويتية (٣٨/ ٦٥).

(٢) المصادر السابقة نفسها.

للمالك معاملة العامل بأن يشتري من مال القراض شيئاً؛ لأنه ملكه كالسيد مع المأذون له)[١].

ولكنهم أجازوا للمضارب أن يشتري من رب المال بعين أو دين وحينئذٍ تنفسخ المضاربة بهذا التصرُّف، حتى لو اشترى ذلك منه بشرط بقاء المضاربة بطل على الأظهر[٢].

وذهب الحنابلة على المذهب إلى أن رب المال ليس له أن يشتري من مال المضاربة شيئاً لنفسه قال المرداوي: (لأن مال المضاربة ملكه)[٣].

حكم تعامل الشريك في شركة المفاوضة والعنان بشأن أموال الشركة:

ذكر فقهاؤنا الكرام أن لكل من الشريكين أن يبيع نقداً ونسيئة مساومة ومرابحة، وتولية ومواضعة للغير حسب ما يراه مصلحة مادام لم يمنع من واحد منهما، كما أن لكل من الشريكين الحق في التوكيل في البيع والشراء وسائر التصرُّفات عند جمهور الفقهاء، وقيده الشافعية بصدور إذن من الشريك، وكذلك لهما الحق في استئجار من يعمل للشركة، ولكن ليس للشريك الحق في أن يؤجر نفسه لعمل من أعمال تجارة الشركة ليختص بأجرته إلَّا أن يؤذن له في ذلك إذناً صريحاً، كما أن لكل منهما إقالة بيع صاحبه[٤].

---

(١) الروضة (٥/ ١٢٨).

(٢) يراجع: مغني المحتاج (٢/ ٣١٦)، ونهاية المحتاج (٥/ ٢٣١)، وبدائع الصنائع (٦/ ١٠١).

(٣) كشاف القناع (٣/ ٤١٥، ٤١٦)، والإنصاف (٥/ ٤٣٨ ـ ٤٣٩).

(٤) بدائع الصنائع (٦/ ٦٨)، وفتح القدير (٥/ ٢٦)، والفتاوى الهندية (٣/ ٣٢٣)، والخرشي (٤/ ٢٥٩)، ونهاية المحتاج (٥/ ٨، ٩)، والمغني (٥/ ١٢٩)، والموسوعة الفقهية الكويتية (٢٦ ـ ٦٣ ـ ٦٨).

خصوصية شركة المفاوضة:

إن شركة المفاوضة عند الحنفية[1] القائلين بها تقوم على الوكالة والكفالة، وبذلك فهي أقرب ما تكون إلى شركة التضامن، فهذه الشركة تتداخل فيها ذمم الشركاء، فكل ما يشتريه الشريك فهو للشركة إلَّا حوائجه وحوائج أهله الأساسية، بناء على العرف، بل فما استأجره أحدهما فهو للشركة أيضاً إلَّا ما يستأجره لنفسه، جاء في الدر المختار: (فما اشتراه أحدهما يقع مشتركاً إلَّا طعام أهله وكسوتهم استحساناً؛ لأن المعلوم بدلالة الحال كالمشروط بالمقال... وللبائع مطالبة أيهما شاء بالثمن... ويرجع الآخر بما أدى على المشتري بقدر حصته إن أدى من مال الشركة، وكل دين لزم أحدهما بتجارة أو استقراض، وغصب واستهلاك وكفالة بمال بأمره لزم الآخر ولو كان لزومه بإقراره)[2].

فعلى ضوء أحكام المفاوضة عند الحنفية فإن شريكي المفاوضة شخص واحد حكماً في أحكام التجارة وتوابعها، وإن كانا في الحقيقة شخصين[3].

حكم الربا، والعينية، والضمان، والاستصناع الموازي في الشركات المساهمة:

للإجابة عن ذلك نحتاج إلى شيء من التفصيل، لأن هذه الأمور يختلف حكمها من واحد لآخر:

---

(١) شركة المفاوضة عند الحنفية هي الشركة القائمة على المساواة في كل شيء والتفويض والكفالة والوكالة، فهي شركة عامة في جميع التجارات...، يراجع: رد المحتار (٣/ ٣٤٧).

(٢) الدر المختار مع حاشية ابن المحتار (٣/ ٣٣٨ ـ ٣٣٩).

(٣) بدائع الصنائع (٦/ ٧٣).

١ ـ الربا بين الشركة وأحد شركائها المساهمين متحقق ما دام هناك شريك واحد آخر.

٢ ـ إذا اشترى المساهم شيئاً آجلاً من الشركة ـ أو بالعكس ـ ثم باعهُ إياها فهذا جائز، لكن لو أعاده إليها بثمن عاجل فهذا هو عين العينة المحرمة.

٣ ـ يُعتبر ضمان الشركة لأحد مساهميها ضمان الطرف الثالث المشروع بشرط أن يكون الضمان لالتزامات المساهم الخاصة به، وليست التزامات الشركة.

٤ ـ يعتبر المساهم بمثابة شخص أجنبي عن الشركة في جميع العقود الأخرى، حيث يجوز لها أن تتعاقد معه في عقود الاستصناع العادي، والسلم الأول ونحوهما من العقود.

أما التعاقد معه لاستصناع خاص بالمساهم (أي: الاستصناع الموازي)، أو السلم الموازي، حيث كانت الشركة هي الصانع أو المُسْلِم (المشتري) فلا يجوز أن تتعاقد مع نفس المساهم ـ كما سبق ـ.

تنزيل الأحكام الفقهية القديمة على الشركات المعاصرة:

فالذي يظهر لنا بوضوح أن أحكام شركة العنان (في الجملة) الخاصة بالبيع والشراء من أموال الشركة بالنسبة للشريك يمكن تطبيقها على شركات المساهمة التي لا تقوم على أساس التضامن، فعلى ضوء ذلك فإن الشريك (غير العضو في مجلس الإدارة) له الحق في الشراء من أموال الشركة والتعامل مع الشركة بشرط أن لا يعامل معاملة خاصة فيها المحاباة، وبشرط أن يتخذ بشأنها مزيد من الاحتياط، ويوضع لها ضوابط.

وأما أعضاء مجلس الإدارة (رئيساً وعضواً منتدباً وأعضاء) فهم يمثلون الشركة؛ أي: وكلاء عنها أيضاً (إضافة إلى كونهم شركاء)، وبالتالي تطبق

عليهم أحكام الوكالة، فما جاز للوكيل عمله لنفسه ومع غيره فهو جائز لهم، وفي ضوء ذلك حينما يريد أحدهم شراء أموال الشركة لنفسه، فإنه يطبق عليه أحكام الوكيل الذي يتعاقد مع نفسه، حيث إذا نهاه الموكل لم يجز له، وإذا أذن له جاز عند جماعة من الفقهاء منهم المالكية، والشافعية في وجه، والحنابلة[1]، أما إذا أطلق الأمر دون إذن ولا نهي فلا يجوز له التعاقد مع نفسه عند الجمهور، في حين ذهب المالكية في قول، والأوزاعي إلى الجواز، وذهب رأي ثالث إلى تقييد هذا الجواز بثلاثة شروط وهي:

١ ـ أن يشتري السلعة عندما تنتهي فيها الرغبات.

٢ ـ أن يزيد على مبلغ ثمنه في النداء.

٣ ـ أن يتولى النداء غيره ويكون الوكيل أحد المشترين.

وهذا رأي الحنابلة في رواية، وفقهاء المالكية لكنهم اشترطوا شرطاً واحداً وهو الشرط الأوَّل المذكور آنفاً، في حين اشترط بعض فقهاء الحنابلة شرطاً آخر، وهو: أن يوكل الوكيل من يبيع، ويكون هو أحد المشترين[2].

والذي يظهر لنا أن هذه الشروط اجتهادية تدور حول دفع التهمة وسد الذرائع، ولذلك يمكن الاكتفاء بشرطين، وهما: شراء الوكيل بثمن عادل؛ أي: بثمن السوق دون غبن، وذلك بعد عرض البضاعة واستقرار سعرها السوقي، فحينئذٍ يجوز له شراؤها بهذا السعر، والشرط الثاني: الابتعاد عن الصورية والتحايل للوصول إلى الربا، وبما أن ذلك مِظنة لهذا فالأحوط أن يعود الوكيل إلى الموكل عند التعاقد.

---

(١) يراجع: بدائع الصنائع (٧/ ٣٤٦٦، ٣٤٧٢)، وحاشية ابن عابدين (٥/ ٥٢١)، والذخيرة (٨/ ١٠)، والدسوقي (٣/ ٣٨٧)، ونهاية المحتاج (٥/ ٣٤)، والمغني لابن قدامة (٥/ ٢٠٧)، ويراجع: د. سلطان الهاشمي: أحكام تصرفات الوكيل ط دار البحوث بدبي (ص٢٢٥).

(٢) المغني لابن قدامة (٥/ ٢٠٧).

وعلى ضوء ذلك فإذا وجد في القانون أو النظام الأساسي للشركة ما يمنع أعضاء المجلس من التعاقد مع الشركة فحينئذٍ لا يجوز لهم التعامل مع الشركة، وإذا وجد فيه إذن فإن تصرفاتهم بهذا الشأن جائزة بقدر ما أذن فيه، أما في حالة الإطلاق فالأصل هو الحظر والمنع، ولكن عند انتفاء التهمة وتحقق المصلحة وتوافر الضوابط التي سنذكرها، فلا مانع من قيام رئيس مجلس الإدارة، أو العضو بالتعاقد مع الشركة تعاقداً ليس فيه ميزة خاصة به، ولا سيما فإن العقد في مثل هذه الحالات لا يعقده الرئيس، أو العضو مع نفسه، وإنما مع الإدارة الممثلة في مسؤول القسم، أو مدير الفرع، أو المدير العام.

*** أعضاء مجلس الإدارة وكلاء، ومضاربون إضافة إلى كونهم شركاء:**

لا شك أن الشخصية المعنوية التي اعترفت بها القوانين يمثلها في الشركات المساهمة مجلس الإدارة، وفي شركات الأشخاص يمثلها الأشخاص جميعاً، وبالأخص المدير العضو المتعين للإدارة ـ كما سبق ـ وبالتالي فإن مجلس الإدارة وكيل عن المساهمين، أو عن الشخصية المعنوية، إضافة إلى كون أعضائه مساهمين.

ولكن البنوك الإسلامية أو الشركات التي يسمح لها بالاستثمار لصالح الغير فإن مجلس الإدارة له صفة أخرى، وهي أنه مضارب، وبالتالي يطبق عليهم الخلاف الفقهي الذي ذكرناه لتعامل المضارب مع أموال المضاربة لصالح نفسه.

والذي نرى رجحانه هو أن الأصل في حالة الإطلاق (أي: عند عدم وجود إذن صريح من القانون أو النظام الأساسي) بشأن تعاملات أعضاء مجلس الإدارة هو الحظر لقوة التهمة، ولأن مصالح البائع متعارضة مع مصالح المشتري، وأن النفس أمارة بالسوء، وجبلت على الأنانية وحب

الذات إلَّا من رحم ربي ﴿وَقَلِيلٌ مَّا هُمْ﴾[1].

وبناء على ذلك فلا يستثنى من هذا الأصل إلَّا بضوابط من أهمها:

١ ـ أن تخضع هذه العقود الخاصة بأي عضو لموافقة كل جهات الاختصاص موافقة مكتوبة، ثمَّ مجلس الإدارة، ولا بدّ أن لا يكتفى بموافقة رئيس المجلس، أو المدير، أو العضو المنتدب.

٢ ـ أن يكون هناك تقرير داخلي، أو خارجي (حسب أهمية العقد) بأنَّ الأسعار ليس فيها محاباة، وأنها أسعار السوق.

٣ ـ أن تخضع هذه العقود للضوابط والمعايير الخاصة بالشركة المتعلقة بسقف الائتمان والاعتماد، وزمن السداد، والأرباح، ونحوها، بل أنه من الأفضل أن توضع ضوابط ومعايير داخل الشركة للتعامل مع أعضاء مجلس الإدارة من حيث سقف الاعتماد والائتمان، وكل ما يتعلق بالتمويل، أو التعاقد الخاص بهم.

* النوع الثَّاني: تعاقد الشركة مع الشركات التابعة لها:

لتحقيق بعض الأغراض والمصالح الخاصة بالشركات المساهمة قد تقوم الشركة بإنشاء شركات تابعة لها بالكامل ١٠٠٪، وقد تشارك في شركات بنسبة تزيد على ٥٠٪ من أسهمها وحينئذ تسمى الشركة المالكة (الشركة الأم)، أو الشركات القابضة.

ومن هنا نتحدث عن أثر هذه العلاقات في التعاملات المالية والضمانات ونحوهما بعد أن نعرف بهذه الشركة في القانون بإيجاز ثمَّ نبيِّن الحكم الفقهي بإيجاز.

---

(١) سورة ص: الآية ٢٤.

* **الشركة القابضة** (Holding company):

هي عبارة عن مجموعة من شركات منفصل ـ قانوناً ـ بعْضُها عن بَعْض، ومرتبطة في الوقت نفسه بالأخرى، فتعتبر إحداها شركة أم (Societemere)، أو شركة مسيطرة (Dominante) لها القدرة في الواقع، والقانون على فرض القرار على الشركات الأعضاء في المجموع التي تجد نفسها في مركز الخاضع (Dominese)[1].

وقد بدأت هذه الظاهرة لأسباب احتكارية بعد محاولات لوحدات اقتصادية وشركات عملاقة فتح فروع كثيرة لها في مختلف البلاد، واشتراط شروط خاصة لبيع منتجاتها للسيطرة والهيمنة على الاقتصاد، واحتكار السوق، ولذلك صدرت قوانين في أمريكا وغيرها للحد من هذه الظاهرة وتخفيف غلوائها، حيث صدر أول قانون بهذا الصدد في أمريكا عام ١٨٩٠م نصّ على تحريم الاحتكار، وسمي: قانون شيرمان، ونص كذلك على منع عقد الاتفاقات التي تهدف إلى تقييد حرية التجارة، وحرية المنافسة، كما صدرت قوانين أخرى منذ عام ١٩١٤م بمنع ربط شراء سلعة معينة بسلعة أخرى، ومنع التمييز، أو التفرقة في السعر عند التعامل[2].

وحينئذٍ بحثت الشركات الكبرى عن وسيلة أخرى للاحتكار والهيمنة، حيث اهتدت إلى فكرة اندماج عدَّة شركات تنتمي إلى مجموعة مالية واحدة في شركة واحدة، أو أن تقوم شركة عملاقة واحدة بتأسيس شركات أخرى وليدة أو تابعة (Societes Filiales)[3]، وقد لا يلجأ إلى الاندماج، أو إنشاء

---

(١) يراجع: الدكتور محمد حسين اسماعيل: الشركة القابضة وعلاقتها بالشركات التابعة، ط جامعة مؤتة ١٩٩٠م (ص١١ ـ ١٢).

(٢) د. فوزي محمد سامي: المرجع السابق (٤/ ٣٨٣ ـ ٣٨٤).

(٣) د. محمد حسين اسماعيل: الشركة القابضة (ص١٥)، ود. فوزي محمد سامي: المرجع السابق (٤/ ٣٨٤)، ود. حسني المصري: اندماج الشركات وانقسامها، =

شركات تابعة لها، بل تستهدف السيطرة المالية والإدارية على شركات أخرى من خلال شرائها غالبية أسهم شركة معينة، وبذلك تصبح شركة تابعة لها، أو يكون لها أقل من ٥٠٪ من أسهمها ولكن تتفق مع غالبية مساهميها عند اجتماع الجمعية العمومية لتنفيذ رغبات الشركة القوية (القابضة).

هذه هي الصور الأربع للشركات القابضة في معظم القوانين السائدة، التي تنطوي تحت اسم الشركات القابضة كالآتي:

١ ـ الشركة (أ) تمتلك أغلبية حق التصويت في الشركة (ب) حيث يطلق على هذه الحالة: السيطرة على الأصوات (Voting Control).

٢ ـ الشركة (أ) شريك في الشركة (ب)، ولها القدرة على تعيين أو عزل أغلبية المديرين، حيث يطلق على هذه الحالة السيطرة على الإدارة (Director Control).

٣ ـ الشركة (أ) شريك في الشركة (ب)، وتسيطر بذاتها، أو بمقتضى اتفاق مع آخرين من أعضاء الجمعية العامة على أغلبية حق التصويت في الشركة (ب)، حيث يطلق على هذه الحالة السيطرة العقدية (Contract Control).

٤ ـ الشركة (ب) تابعة للشركة (أ)، وهناك الشركة (ج) تابعة للشركة (ب) عندئذٍ تعتبر الشركة (ج) تابعة أيضاً للشركة (أ)[١].

الفرق بين الشركة التابعة، والفرع:

ومن المفيد هنا أن نوضح الفرق الجوهري بين فروع الشركة، وبين الشركة التابعة للشركة الأم (القابضة)، وهو: أن فرع الشركة ليس له شخصية

= دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي، والقانون المصري ط القاهرة ١٩٨٦م (ص٧)، وما بعدها.

(١) د. فوزي محمد سامي: المرجع السابق ٣٨٦، والمصادر السابقة.

معنوية، وبالتالي فليست له ذمة مالية مستقلة، ولا موطن ولا جنسية خاصة به لأنه جزء من الشركة الأصلية.

أما الشركات التابعة بجميع أنواعها فلها شخصيات معنوية وبالتالي فلها ذمم مالية مستقلة، وقد تكون لها جنسيات مختلفة، ومواطن مختلفة عن الشركة القابضة.

كما أن من أهمّ خصائص الشركة القابضة أنها تسيطر على إدارة الشركات التابعة لها، وماليتها دون إضعاف شخصيتها المعنوية[١].

وقد اكتفى مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته الرَّابعة عشرة المنعقدة في الدوحة في الفترة ٨ ـ ١٣ ذو القعدة ١٤٢٣هـ بتعريف الشركة القابضة دون بيان حكمها، حيث جاء في القرار رقم ١٣٠(٤/ ١٤) الذي نصَّ على:

(٣ ـ الشركة القابضة: هي الشركة التي يتملك أسهماً أو حصصاً في رأسمال شركة أو شركات أخرى مستقلة عنها، بنسبة تمكّنها قانوناً من السيطرة على إدارتها، ورسم خططها العامة.

٤ ـ الشركة متعددة الجنسيات: هي شركة تتكوّن من مجموعة من الشركات الفرعية، لها مركز أصلي يقع في إحدى الدول، بينما تقع الشركات التابعة له في دول أخرى مختلفة، وتكتسب في الغالب جنسيتها، ويرتبط المركز مع الشركات الفرعية من خلال استراتيجية اقتصادية متكاملة تهدف إلى تحقيق أهداف استثمارية معينة)[٢].

---

(١) المراجع السابقة.

(٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة الرَّابعة عشرة المنعقدة في الدوحة في الفترة (٨ ـ ١٣) ذو القعدة ١٤٢٣هـ الموافق (١١ ـ ١٦) كانون الثّاني ـ يناير ٢٠٠٣م ـ العدد (١٤) (٢/ ٦٦٨ ـ ٦٦٩).

الشركة القابضة في القوانين العربية:

تناول أحكام الشركة القابضة عدد من القوانين العربية، منها القانون اللبناني الذي عالج أحكامها في المرسوم الاشتراعي رقم (٤٥) الصادر في ٢٤ حزيران ١٩٨٣م الذي سماه: نظام الشركات القابضة (هولدنغ)، وكذلك قانون الشركات الأردني رقم (١) لسنة ١٩٨٩م حيث خصص للشركة القابضة خمس مواد (٢٣٢ ـ ٢٣٦) عرفها في المادة (٢٣٢) فقرة (أ) بأن: (الشركة القابضة: شركة مساهمة عامة تقوم بالسيطرة المالية والإدارية على شركة، أو أكثر من الشركات الأخرى التي تصبح تابعة لها، وذلك من خلال تملكها للأكثرية المطلقة على الأقل من أسهم تلك الشركات أو الشركات ذات المسؤولية المحدودة، أو من شركات التوصية بالأسهم وتضاف عبارة (شركة قابضة) إلى جانب اسم الشركة في جميع أوراقها وإعلاناتها والوثائق الأخرى الصادرة عنها)، وأضافت في فقرتها (ب) أنه: (لا يجوز للشركة القابضة تملك حصص في شركات التضامن أو في شركات التوصية البسيطة).

وقد خصص قانون الشركات التجارية القطري رقم (٥) لسنة ٢٠٠٢م ست مواد: (٢٦١ ـ ٢٦٦) نذكرها لأهميتها ولحداثتها، حيث نصت المادة (٢٦١) على أن: (الشركة القابضة هي شركة مساهمة أو شركة ذات مسؤولية محدودة تقوم بالسيطرة المالية والإدارية على شركة أو أكثر من خلال تملكها ٥١٪ على الأقل من أسهم أو حصص تلك الشركة أو الشركات، سواء كانت من شركات المساهمة أو من الشركات ذات المسؤولية المحدودة)، وجاء في المادة (٢٦٢): (لا يجوز للشركة القابضة تملك حصص في شركات التضامن أو في شركات التوصية بنوعيها، كما يحظر عليها تملُّك أي أسهم أو حصص في الشركات القابضة الأخرى)، وجاء في المادة (٢٦٣): (يجب أن لا يقل رأس مال الشركة القابضة عن عشرة ملايين ريال)، وفي المادة (٢٦٤): (تكون أغراض الشركة القابضة وفقاً لما يلي:

١ ـ المشاركة في إدارة الشركات التابعة لها أو التي تساهم فيها.

٢ ـ استثمار أموالها في الأسهم والسندات والأوراق المالية.

٣ ـ توفير الدعم اللازم للشركات التابعة لها.

٤ ـ تملك براءات الاختراع والأعمال التجارية والامتيازات وغيرها من الحقوق المعنوية واستغلالها وتأجيرها للشركات التابعة لها أو لغيرها.

٥ ـ تملك المنقولات والعقارات اللازمة لمباشرة نشاطها في الحدود المسموح بها وفقاً للقانون)، وجاء في المادة (٢٦٥): (تضاف عبارة (شركة قابضة) في جميع الأوراق والإعلانات والمراسلات وسائر الوثائق التي تصدر عن الشركة القابضة إلى جانب الاسم التجاري لها)، وجاء في المادة (٢٦٦): (فيما لا يتعارض مع أحكام هذا الباب، تسري على الشركات القابضة الأحكام الخاصة بشركات المساهمة أو ذات المسؤولية المحدودة الواردة في هذا القانون، بحسب الأحوال)...

حكم الشركة القابضة مع التابعة:

بما أن كلاًّ من الشركة القابضة، والشركات التابعة لها تتمتع بشخصية معنوية مستقلة، فإن الأحكام العامة التي ذكرناها للشركات المساهمة تنطبق عليها، وأنها تعتبر أجنبية (غيراً) في كثير من العلاقات التعاقدية فيما بينهما حسب الضوابط الثلاث التي ذكرناها، إلَّا إذا كانت الشركة القابضة مالكة للشركة التابعة بنسبة ١٠٠٪ فحينئذٍ لا قبل منها ضمان إحداهما للأخرى ـ كما سبق ـ.

*** الشركة الأم:**

نجد في القانون والفقه الفرنسيين مصطلح الشركة الأم (Societe mere) وهي التي تملك نصف رأس مال شركة، أو كامل أسهمها[1].

---

(١) د. فوزي محمد سامي: المرجع السابق (٤/ ٣٩١).

وهي قريبة من الشركة القابضة في القانون القطري، والقانون الأردني، ولكن القانون الأردني فرق بينهما، ونظم أحكام كل منهما بمواد مستقلة، حيث ذكر قانون الشركات الأردني لعام ١٩٨٩م الشركة الأم في المواد (٢٧٠ ـ ٢٧٤) حيث جاء في المادة (٢٧٠) من القانون المذكور أنه: (على الرغم مما نصَّ عليه في هذا القانون يجوز للشركة المساهمة العامة أن تمتلك أسهم شركة مساهمة عامة أخرى بالكامل، أو ما لا يقل عن ٥٠٪ من تلك الأسهم، وتستمر الشخصية المعنوية للشركة التي تملك أسهمها بالكامل، وتبقى قائمة وتسمى (الشركة التابعة)، ويطلق على الشركة المالكة اسم (الشركة الأم).

ويتَّضح من هذا النص أن الشركة الأم لها عدَّة خصائص من أهمها أنها:

١ ـ أن الشركة الأم هي شركة مساهمة عامة تمتلك كامل أسهم شركة مساهمة عامة أخرى، أو ما لا يقل عن ٥٠٪.

٢ ـ أن هدف هذا العمل هو سيطرة الشركة الأم على الشركة التابعة لها من حيث الإدارة.

٣ ـ أن الشركة الأم هي التي تقوم بإدارة الشركة التابعة لها عن طريق لجنة يعينها مجلس إدارة الشركة الأم، وعلى الشركة التابعة إعداد ميزانيتها السنوية وحساباتها الختامية وفقاً لأحكام قانون الشركات، وتقديمها إلى الجمعية العامة للشركة الأم (المادة ٢٧٢/ أ من القانون الأردني المذكور).

كذلك نصَّ القانون الأردني المذكور على قيام الشركة الأم بإعداد ميزانية مجمعة للشركة الأم والشركات التابعة، وهذا يتفق مع الرأي القائل بأن (الوحدة في المصالح والإدارة والنشاط يؤدي إلى الامتزاج بين الذمة المالية للشركتين بحيث يصبح الوجود القانوني للشركة الوليدة صوريًّا)[1].

---

(١) د. محمد شوقي شاهين: الشركات المشتركة، طبيعتها وأحكامها في القانون المصري، القاهرة (ص٣٦٩).

ولكن هذا الرأي عارضه الآخرون، يقول الدكتور فوزي محمد سامي: (لكننا لا نتفق مع هذا الرأي، وإنما مع الرأي الآخر الذي يذهب إلى أن كلاً من الشركة الأم، والشركات التابعة لها... تشكل الواحدة نوعاً عن الأخرى وحدة قانونية مستقلة، وعندما تتجمع الحسابات المالية لمجموع تلك الشركات تظهر عندئذٍ مذكورة كوحدة اقتصادية واحدة، والميزانية المجمعة أو الموحدة تمثل جميع المصادر الاقتصادية التي تسيطر عليها الشركة الأم...)[1].

ولكن إعداد الميزانية المجمعة قد تعترضه صعوبات إذا كانت الشركات التابعة موجودة في دول أجنبية مما يؤدي إلى تحديد، أو تحجيم السيطرة للشركة الأم بالنسبة لموجودات الشركة التابعة وعملياتها، وحينئذ تظهر في ميزانية الشركة الأم المبالغ المستثمرة في الشركات التابعة، والأرباح والخسائر التي نجم عنها الفرق بين الشركة القابضة والشركة الأم.

هناك أوجه تشابه كبير بين الشركة القابضة، والشركة الأم، بل الذي يظهر لنا بوضوح أن الشركة الأم نوع من الشركة القابضة غير أن القانون الأردني فرق بينهما فيما يأتي:

١ ـ أن الشركة الأم تستطيع أن تمتلك كامل أسهم الشركة المساهمة التابعة، في حين أن الشركة القابضة لا تستطيع ذلك، لكنها تستطيع تملكها أسهم شركات التوصية بالأسهم، مع أن الشركة الأم ليس لها ذلك.

٢ ـ وهناك بعض إجراءات خاصة بالقابضة مثل كتابة (شركة قابضة) في جميع أوراقها، في حين لم يشترط القانون الأردني كتابة (الشركة الأم) في أوراقها.

---

(١) د. فوزي محمد سامي: المرجع السابق (٤/ ٣٩٣).

فهذه الفروق غير الجوهرية بين الشركة القابضة، والشركة الأم لا ترقى إلى مستوى الفصل بين الشركتين وإفراد كل واحدة منهما باسم خاص ومواد خاصة تنظمها، بل إن شراح القانون الأردني المذكور أوضحوا أن هناك تداخلاً وغموضاً في تعريفه لهاتين الشركتين، بل إن بعض نصوصه تدل بوضوح على الأمور المشتركة بينهما أكثر بكثير من الفروق بينهما، وحتى قالوا: (فلماذا تسمّى إحداهما شركة قابضة، والأخرى شركة أم؟ لذا نرى أنه لا بدّ للمشرع أن ينتبه إلى هذا الخلط ويقصر تسمية الشركة على الشركة التي تمتلك كامل أسهم شركة مساهمة عامة أخرى. . .)[1].

*** اندماج الشركات:**

وتطرق القانون القطري المذكور أيضاً إلى اندماج الشركات في مواده: (٢٧٢ ـ ٢٧٧)، حيث أجاز في مادته (٢٧٢) جواز اندماج الشركة حتى ولو كانت في دور التصفية، ونصّت المادة (٢٧٣) على أنه (يكون الاندماج بضم شركة أو أكثر إلى شركة أخرى قائمة أو بمزج شركتين أو أكثر في شركة جديدة التأسيس ويحدد عقد الاندماج شروطه، وبصفة خاصة تقويم ذمم الشركة المندمجة وعدد الحصص أو الأسهم التي تخصها في رأس مال الشركة التي تمَّ الاندماج فيها أو الناشئة عن الاندماج. . . ولا يكون الاندماج صحيحاً إلَّا اذا صدر به قرار من كل شركة طرف فيه وفقا للأوضاع المقررة لتعديل عقد تأسيس الشركة أو نظامها الأساسي. . . ويشهر هذا القرار بالطرق المقررة لما يطرأ على عقد الشركة المندمجة أو نظامها الأساسي من تعديلات)، وتضمنت مادته (٢٧٤) على إجراءات الدمج: (يتم الاندماج بطريق الضم باتباع الإجراءات الآتية:

---

(١) المرجع السابق (٤/ ٣٩٤ ـ ٤٩٥).

١ ـ يصدر قرار من الشركة المندمجة بحلها.

٢ ـ يقوم صافي أصول الشركة المندمجة طبقاً لأحكام تقويم الحصص العينية المنصوص عليها في هذا القانون.

٣ ـ تصدر الشركة التي تم الاندماج فيها قرار بزيادة رأس مالها وفقا لنتيجة تقويم الشركة المندمجة.

٤ ـ توزع زيادة رأس المال على الشركاء في الشركة المندمجة بنسبة حصصهم فيها.

٥ ـ إذا كانت الحصص ممثلة في أسهم وكان قد انقضت على تأسيس الشركة التي تمَّ الاندماج فيها سنتان، جاز تداول هذه الأسهم بمجرد إصدارها)، كما نصت المادة (٢٧٧) على آثار الاندماج فقالت: (تنتقل جميع حقوق والتزامات الشركة المندمجة إلى الشركة التي تمَّ الاندماج فيها أو الشركة الناشئة عن الاندماج حكماً بعد انتهاء اجراءات الدمج وتسجيل الشركة وفقاً لأحكام هذا القانون... وتعتبر الشركة التي تمَّ الاندماج فيها أو الناشئة عن الاندماج خلفاً قانونيًّا للشركة المندمجة، وتحلّ محلاً في جميع حقوقها والتزاماتها.

*** حكم الشركة المندمجة:**

وبما أن الاندماج هنا كامل، ولا تبقى للشركة المندمجة شخصيتها المعنوية، إذ انصهرت في بوتقة الشركة المدمجة فيها، لذلك لا يبقى مجال للحديث عن التغاير، والتعامل بينهما بعد الاندماج.

*** الشركات ذات الغرض الخاص (S.P.V):**

ظهرت منذ عقود قريبة الشركات التي تسمَّى الشركات ذات الغرض الخاص (S.P.V.). وهي تنشأ في الغالب لأجل التصكيك، وذلك لتكون هذه الشركة تمثل حَمَلة الصكوك، وكذلك تنشأ لأجل التخفيف من الضرائب بشكل قانوني، أو لأجل الاستثمار، ومثل هذه الشركات تنشأ كل واحدة منها

لغرض واحد، وهي إما تابعة لشركة، أو أنها يتيمة، وقد تنشأ لأجل التزوير والغش، وحينئذٍ تكون محرمة، وهناك تفاصيل كثيرة حولها.

والذي يهمنا هو أن شركة (S.P.V.) تتبع الشركة التي أنشأتها، ونطبق عليها المعايير التي سنذكرها في آخر البحث.

تقسيم الشركة:

تجيز القوانين تقسيم شركة واحدة لها شخصيتها المعنوية إلى شركتين أو أكثر، وهذا ما نصَّ عليه قانون الشركات التجارية القطري في مواده (٢٧٨ ـ ٢٨٢) حيث نصّت مادته (٢٧٨) على أنه: (يجوز تقسيم الشركة إلى شركتين أو أكثر، وذلك مع انقضاء الشركة محل التقسيم أو مع بقائها، وتتبع في هذه الحالة إجراءات وأوضاع الاندماج بالنسبة لتقييم رأس المال ويكون لكل شركة من الشركات الناشئة عن التقسيم شخصية اعتبارية مستقلة مع ما يترتب على ذلك من آثار. . . ويتعين أن يحد القرار الصادر بالتقسيم عدد المساهمين أو الشركاء وأسماءهم، ونصيب كل منهم في الشركات الناشئة عن التقسيم، وحقوق كل من هذه الشركات والتزاماتها، وكيفية توزيع الأصول والخصوم بينها)، ونصّت المادة (٢٧٩) على أنه: (يجوز أن تتخذ الشركات الناشئة عن التقسيم أي شكل من الأشكال القانونية للشركات، وذلك كله مع مراعاة استكمال تلك الأشكال وفقاً للأوضاع المقررة قانوناً)، واشترطت المادة (٢٨٠): (أن يصدر بالتقسيم قرار من الجمعية العامة غير العادية للشركة أو من الشركاء بحسب الأحوال، وذلك بأغلبية أصوات الحائزين على ثلاثة أرباع رأس المال، وتكون الشركات الناشئة عن التقسيم خلفا للشركة محل التقسيم وتحل محلها حلولاً قانونيًّا، وذلك في حدود ما آل إليها من الشركة محل التقسيم، وفقاً لما تضمنه قرار التقسيم مع عدم الإخلال بحقوق الدائنين). وأمَّا المادة (٢٨١) فقد نصَّت على أنه: (يجوز تداول أسهم الشركات الناشئة عن التقسيم بمجرد إصدارها، إذا كانت أسهم الشركة محل التقسيم قابلة للتداول عند صدور قرار التقسيم).

والحكم الشرعي للشركتين المقسمتين من حيث التعامل:

فعلى ضوء ما ذكره القانون فإن (لكل شركة من الشركات الناشئة عن التقسيم شخصية اعتبارية مستقلة مع ما يترتب على ذلك من آثار) (م٢٧٨ ق.ت)، وبالتالي فإن كل شركة مستقلة تعامل معاملة الغير من حيث المبدأ، إلَّا ما ذكرناه حول نوعية الشركات من كونها مساهمة، أو شركة تضامن، أو ما يخص أعضاء مجلس الإدارة. أو ما نذكره الآن حول الفرضيات الأربع التي طرحناها في بداية البحث؟

الخلاصة في بيان المعيار المعتمد في الاستقلالية:

وقد سبق أننا طرحنا أربع فرضيات ترتبيت عليها عدة أسئلة..

للإجابة عن ذلك نقول:

إن الموضوعات التي طرحناها ـ من العينة، إلى الربا، والضمان والاستصناع مع الاستصناع الموازي، والسلم مع السلم الموازي ـ، لا يمكن وضع معيار واحد يتحكم بها جميعاً:

فمثلاً:

١ ـ إن موضوع بيع العينة إنما ينتفي إذا كانت الشركة تتمتع بشخصية اعتبارية لها ذمة مستقلة، وليست للشركة البائعة، أو المشترية المملوكة للأخرى، ولا لها السيطرة الإدارية، فإذا توافرت هذه الشروط الأربعة تعامَل معاملة شركة أجنبية.

أما إذا فقد أحد هذه الشروط فلا تصبح الشركة أجنبية، ولكن يبقى تحديد نسبة الملكية، حيث أرى أن تحديدها بما لا يقل عن الثلث مناسب استئناساً بما قرره المعيار الشرعي.

وفي ضوء ما سبق فإن معيار «الغَيْرِيَّة» إنما يتحقق بالشروط الأربعة بالنسبة للخروج من بيع العينية فيما لو قامت الشركة بشراء السلعة، وإعادتها إلى الشركة الأخرى.

٢ ـ بالنسبة لجواز الاقتراض بالفائدة بين الشركتين، فالمعيار هنا هو «الملكية الكاملة»، فإذا كانت إحداهما مملوكة بالكامل ١٠٠٪ للأخرى فلا مانع من الإقراض والاقتراض بينهما بالفائدة، لأنهما بمثابة نفس واحدة في الجوهر والحقيقة.

إن الملكية هنا هي الأساس، حتى تكون الشركتان بمثابة شركة واحدة، وذلك حتى لا يستفيد مما سمي في الظاهر بالربا (الفائدة) شخص آخر، وهذا إنما يتحقق بالملكية الكاملة، أي أن يكون مالكو الشركة الأولى هم مالكي الشركة الثانية سواء بسواء.

٣ ـ أما بالنسبة للضمان والكفالة فالشروط الأربعة التي ذكرناها في «بيع العينة» هي المعيار المعتمد في جواز ضمان شركة لأخرى، أو اعتبارها طرفاً ثالثاً.

٤ ـ وأما بالنسبة للاستصناع والاستصناع الموازي، والسلم والسلم الموازي، ونحو ذلك، فإن المعيار هو نفس المعيار السابق.

وفي ضوء ذلك فقد تبيَّن لنا أن الشخصية الاعتبارية وحدها لا أثر لها في الأحكام السابقة، وإنما التأثير الأساسي هو للملكية في كل ما سبق، وللإدارة أيضاً في بعض الحالات.

فتوى (٢٧/٤) حول الصفات المؤثرة[١]:

صدرت فتوى من ندوة البركة الاقتصادية (٢٧)، نذكرها بنصها:

(٢٧/ ٤)

الصفات المؤثرة في العلاقة بين الشركات

(الشخصية الاعتبارية، الذمة المالية ـ الملكية ـ، السيطرة)

(أ) تقع بين الشركات تصرفات يختلف حكمها، كما سيأتي، منها:

---

(١) ألحقنا هذه الفتوى بالبحث أخيراً، حيث صدرت بناء على هذا البحث، وبحث آخر، ومناقشات الحاضرين لندوة البركة السابعة والعشرين للاقتصاد الإسلامي لسنة ٢٠٠٦م.

الإقراض والاقتراض، وعمليات التمويل المؤجلة من مرابحات وإجازات. . . إلخ، والاستثمار من شركة بأسهم شركة أخرى وإن الصفات المؤثرة في صحة أو بطلان تلك العلاقات تدور بين استقلال الشخصية الاعتبارية، انفصال الذمة المالية ـ الملكية كلياً أو جزئيًّا ـ، السيطرة.

(ب) لا أثر للشخصية الاعتبارية المستقلة لشركتين ولا لانفصال ذمتهما المالية، لأنهما يثبتان بالقانون أو العرف أو القرارات المنظمة من مالكي الشركتين، وهو أمر خارجي لا عبرة به في الحكم على مشروعية العلاقات البينية، وكذلك لا أثر للسيطرة؛ لأنها هي السلطة القوية لبعض مالكي الشركة في اتخاذ القرارات.

(ج) إن الحكم على العلاقات بين المؤسسات واعتبارها بمثابة طرف واحد أو طرفين هو للملكية بنسبة الثلث فأكثر، ويترتب على ذلك:

١ ـ تتحقق العينة بالشراء بالأجل من مؤسسة ثم بيع السلعة نفسها إلى مؤسسة أخرى بينهما ملكية مشتركة بنسبة الثلث فأكثر.

٢ ـ لا يتحقق الاستصناع أو السلم الموازيان في التعامل بين مؤسستين بينهما ملكية بنسبة الثلث فأكثر، بل يكون من قيام المستصنع نفسه بدور الصانع وهو ممنوع.

٣ ـ تقديم الضمان من شركة لأخرى في المشاركة أو المضاربة أو الوكالة بالاستثمار لا يجوز إذا كانت الملكية المشتركة الثلث فأكثر.

٤ ـ يحتاط في إقراض النفس بفائدة فلا يقبل إلَّا إذا كان بنسب متفقة مع نسب ملكية الشركاء في الشركة أو كان بين مؤسستين مملوكتين بالكامل لمؤسسة قابضة، أو كان بين مؤسسة أم وأخرى مملوكة لها بالكامل.

٥ ـ للشخصية الاعتبارية ذات المسؤولية المحدودة تأثير في استقلال موجودات الشركة عن موجودات الشركاء، في ضوء قرار المجمع بهذا الشأن بشأن تحديد المسؤولية في الشركات المساهمة (قرار رقم ٦٣/ ١/ ٧)[١].

وصلَّى الله على سيِّدنا محمَّد وعلى آله وصحبه أجمعين،
وآخر دعوانا أن الحمد لله ربّ العالمين.

أ.د. علي محيي الدّين القره داغي
الدوحة ـ قطر
غرّة شعبان المبارك ١٤٢٧هـ

(١) المرجع السابق.



الإجارة وتطبيقاتها المعاصرة
(الإجارة المنتهية بالتمليك وصكوك الإجارة)
(دراسة فقهية مقارنة)

الحمد لله ربّ العالمين، والصَّلاة والسَّلام على المبعوث رحمة للعالمين، سيِّدنا محمَّد وعلى آله وصحبه ومَن تبع هداه إلى يوم الدِّين.

أمَّا بعد:

فإن التطبيقات العلمية لأحكام الفقه الإسلامي هي التي تدفع بالفقه نحو التقدم والتطور والازدهار، وكما قيل: (الحاجة أم الإختراع)، لذلك شهد عصره الذهبي عندما كانت أمور المسلمين (أئمتهم وعامتهم) تدور عليه، وتبحث في إطاره، ولا يسمح بالخروج عليه، فنشطت قرائح الفقهاء وتفكيراتهم لتوضيح الحلول الشرعية ولإيجاد البدائل والمخارج على ضوء القواعد الكلية والمبادىء العامة للشريعة ومقاصدها العامة، ثمَّ رعاية العرف والحاجة، وما يقتضيه رفع الحرج عن المسلمين في تعبدهم وتعاملهم فازدانت تلك العصور بعدد كثير من المؤلفات الضخمة في الفقه وفي فقه النوازل والحوادث، والفتاوى العلمية والأقضية والأحكام.

ثمَّ أتى على الفقه الإسلامي حين من الدهر أصابه الجمود والتأخر بسبب جمود الأمة وتخلفها وبعدها عن الاجتهاد والتقدم والتحضّر، وانشغالها بالبدع والخرافات، فاستغلّ ذلك الوضعَ الاستعمار فجاء بغزوه الفكري والتشريعي والسياسي والاقتصادي فاستخر (فاستعمرنا)، وطبق علينا قوانينه وتشريعاته،

فأبعد فقهنا الإسلامي عن الحياة، وغيّبه عن الواقع وهمّش دوره على مسرح الأمة، ولأول مرة في تاريخ هذه الأمة تفرض عليها قوانين بشرية أجنبية تأتي بها دول محتلة لأراضيها، ويقبل بها مثقفوها. وحينما صحت الأمة الإسلامية فرأت ما حولها من العوائق والمصائب والمشكلات، وأنها أحيط بها من كل جانب. بدأت تتحرك نحو إصلاح ما أصابه الفساد، وكان نصيب الفساد للجانب الاقتصادي أكبر، حيث كان البديل الوضعي عن الاقتصاد الإسلامي هو المطبق في كل بلاد المسلمين، وبلغ الأمر إلى أن حدا ببعض المنتسبين إلى الدين أن يصدروا فتاوى بحلّ آثار هذا النظام الرأسمالي اليهودي من الربا ونحوه، كما أن الإحباط من إيجاد البديل الإسلامي كاد أن يعم الجميع، وهذه الظروف الصعبة قامت القائمة على الأمة التي بدأت تحارب هذا الاستعمار وتعيد الأمة إلى كتاب ربِّها وسنَّة نبيِّها محمد ﷺ فبذلت المحاولات الجادة في هذا المجال من خلال الكتب والندوات والمؤتمرات الفقهية والفتاوى الجماعية بخطورة النظام الربوي حتى استطاع الفكر الإسلامي في مجال الاقتصاد أن يظهر ويثبت أقدامه، ويخطو خطوة رائعة نحو تطبيق من خلال البنوك الإسلامية، وشركات التأمين الإسلامي.

ومنذ ذلك الحين بدأ الفقه الإسلامي تدبّ فيه الحياة، ويعود إلى الحياة مرة أخرى، ويعاد إليه دوره المنشود في قيادة الأمة، وبدأ التفكير الجاد لإيجاد الحلول الشرعية لهذا الكم الهائل من النوازل والمستجدات المتراكمة، فانطلق الفقه انطلاقته الجديدة، وكثرت المؤلفات والبحوث الفقهية المعاصرة، وازدهر بالمؤتمرات والندوات والحلقات الفقهية التي أثرى بها كثير من القضايا المعاصرة، وساعد على وضوح الرؤية والاجتهادات الجماعية من خلال المجامع الفقهية بجانب الاجتهادات الفردية.

ومن هذا المنطلق يأتي دور البنك الإسلامي للتنمية ومعاهده المتخصصة في خدمة الفقه الإسلامي وتجديده من خلال فقه العمل، وفقهِ الحاجة وفقهِ النوازل وبالأخصّ في الاقتصاد الإسلامي وفقه المعاملات المالية.

ولذلك حينما طلب مني الأخ الكريم الدكتور عمر زهير حافظ مدير المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب التابع للبنك الإسلامي للتنمية: أن أكتب بحثاً عن: (الإجارة المنتهية بالتمليك) ليلقى في ١٤ رمضان ١٤١٨هـ ضمن الموسم الثقافي للمعهد، لم يسعني إلَّا الاستجابة لهذه الدعوة الكريمة، والعمل على تنفيذها بكل ما أستطيع بذله من جهد وفكر، ثمَّ طورت ما كتبته.

وسوف يتناول بحثي: الإجارة في الكتاب والسُّنَّة، لاستنباط المبادىء الأساسية لها، ثمَّ بحثها في كتبنا الفقهية، ثمَّ ينتهي البحث بالتطبيقات المعاصرة التي تكون الإجارة المنتهية بالتمليك أهمّ تطبيقاتها، ثمَّ يختم بخاتمة تتضمن تلخيصاً للبحث ونتائج البحث وتوصياته.

والله أسأل أن يوفقنا لما فيه خير ديننا وأمتنا، ويسدد على طريق الحق خطانا، ويجعل أعمالنا كلها لوجهه الكريم، وأن يعصمنا عن الخطأ والزلل في العقيدة والقول والعمل، إنه حسبنا ومولانا، فنعم المولى ونعم النصير.



القسم الأوَّل

تعريفات وأدلّة

التعريف بالإجارة في اللغة والاصطلاح

* **الإجارة لغة:** اسم للأجرة، وهي الأجر، ونقل المبرد أنه يقال: آجر إيجاراً، وإجارة، فعلى ضوء ذلك فهي مصدر، وأصلها من أجّر الشيء؛ أي: أكراه، وفلاناً على كذا؛ أي: أعطاه أجر، وفي التنزيل العزيز (... عَلَىٰٓ أَن تَأْجُرَنِي ثَمَٰنِيَ حِجَجٍ ...)[1]؛ أي: تكون أجيراً لي، ويستعمل لفظ الإجارة بمعنى الأجرة على العمل، ويستعمل في العَقد الذي يَردُ على المنافع بعوض[2]، والأفصح فيها بكسر الهمزة، وجاز فيها الضم والكسر عند بعض، وقد قال بعض العلماء: إنه قد غلب وضع الفِعالة (بالكسر) للصنائع نحو الصناعة والخياطة، والفعالة (بالفتح) لأخلاق النفوس الجبلّية نحو السَّماحة والشّجاعة، و(بالضم) للمحتقرات كالكناسة والنخالة[3].

والإيجار مصدر: آجره يؤاجره مؤاجرة وإيجاراً؛ أي: اكتراه منه، وأصله من أجر الشيء؛ أي: أكراه، وأجر فلاناً على كذا؛ أي: أعطاه أجراً، ومضارعه (يأجرُ) مضموم العين، ومنه قوله تعالى: ﴿عَلَىٰٓ أَن تَأْجُرَنِي

---

(١) سورة القصص: الآية ٢٧.
(٢) جاء في المعجم الوسيط، ط قطر (١/ ٦) أنها بهذا المعني (محدثة)؛ أي: استعملها المحدثون في العصر الحديث وشاع في لغة الحياة العامة ويراجع القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة (ص٤٣٦).
(٣) الذخيرة للقرافي، ط دار الغرب الإسلامي بيروت (٥/ ٣٧١).

ثَمَٰنِيَ حِجَجٍۖ﴾[1]؛ أي: تكون أجيراً لي، ويقال: أجر الله عبده أي: أثابه، واستأجره؛ أي: اتخذه أجيراً، وائتجر؛ أي: طلب الثواب بصدقة ونحوها[2].

قال الإمام الرافعي: (الإجارة... وإن اشتهرت في العقد فهي في اللغة اسم للأجرة، وهي كراء الأجير)[3].

*** والإكراء: هو بمعنى الإجارة، ويستعمله الفقهاء بمعناها، وهو لغة من: أكريت الدار أي: آجرها فهي مكراة، ويقال: اكتريت الدار وغيرها أي استأجرت، وكذا استكريت وتكاريت وأصله من كرى النهر ـ بفتح الراء ـ كرياً أي: حفر فيه حفرة جديدة، وكَرِيَ الرجل ـ بكسر الراء ـ أي: نام فهو كَرِ، وكَرِيّ[4].**

*** الإجارة في اصطلاح الفقهاء:**

عرَّفها الحنفية: بأنها عقد على المنافع بِعوض[5]، وعرَّفها بعضهم بأنها: تمليك يقع بعوض[6]، وجاء في الذخيرة: (هي بيع المنافع)[7]،

---

(١) سورة القصص: الآية ٢٧.

(٢) يراجع لمزيد من التفصيل: لسان العرب، والمصباح المنير، والقاموس المحيط، مادة (أجر).

(٣) فتح العزيز بهامش المجموع، ط شركة علماء الأزهر بالقاهرة (١٢/ ١٧٦).

(٤) يراجع: لسان العرب، والقاموس المحيط، والمعجم الوسيط مادة (كرى).

(٥) يراجع: الهداية مع تكملة فتح القدير وشرح العناية، ط مصطفى الحلبي بالقاهرة (٩/ ٥٨)؛ والفتاوى الهندية، ط دار إحياء التراث العربي ببيروت عام ١٤٠٦هـ (٤/ ٤٠٩)؛ وبدائع الصنائع، ط الإمام بمصر (٥/ ٥١٤).

(٦) حاشية ابن عابدين، ط دار إحياء التراث العربي ببيروت عام ١٤٠٧هـ (٥/ ٢)؛ ويراجع تحفة الفقهاء للسمرقندي، ط قطر (٢/ ٥١٤).

(٧) هذا وقد وردت على التعريفين بعض الاعتراضات منها: أنهما غير مانعين من دخول النكاح، وقد أجاب صاحب تكملة فتح القدير (٩/ ٥٨)، بأن الإجارة عقد على المنافع بعوض، أو تمليك... في حين أن النكاح عقد على العين نفسها فقال: (المملوك بالنكاح في حكم العين حتى لا ينعقد إلَّا مؤبداً...).

وقال الحطاب: (وقال في اللباب: حقيقتها تمليك منفعة معلومة زمناً معلوماً بعوض معلوم. . .، وقول القاضي: معاوضة على منافع الأعيان؛ لا يخفى بطلان طرده. . .)[1].

وقد فرَّق المالكية بين الإجارة والكراء فخصصوا تمليك منفعة الآدمي باسم الإجارة، ومنافع المتملكات باسم الكراء، ولكن بعضهم قد يستعمل الإجارة بمعنى الكراء وبالعكس عن طريق المجازاة[2]. قال الدردير: (وهي والكراء شيء واحد في المعنى: هو تمليك منافع شيء مباحة مدة معلومة بعوض، غير أنهم سموا العقد على منافع الآدمي وما ينقل غير السفن والحيوان إجارة، والعقد على منافع ما لا ينقل كالأرض والدور، وما ينقل من سفينة وحيوان كالرواحل كراء)[3].

وعرَّفها الشافعية بأنها تمليك المنفعة بعوض[4].

---

(١) مواهب الجليل، ط دار الكتب العلمية ببيروت عام ١٤١٧هـ (٧/ ٤٩٣).

(٢) المرجع السابق نفسه.

(٣) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي، ط عيسى الحلبي بالقاهرة (٤/ ٢(؛ ويراجع لمزيد من التفصيل: المدونة للإمام مالك، ط السعادة بمصر عام ١٣٢٣هـ؛ وعقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدنية لابن شاس، ط دار الغرب الإسلامي (٢/ ٨٣٥)؛ وشرح الخرشي، ط بولاق بمصر ١٣١٧هـ (٧/ ٢)؛ وبلغة السالك، ط عيسى الحلبي بالقاهرة (٣/ ١١٧)؛ والاستذكار لابن عبد البر، ط مؤسسة الرسالة (٢١/ ٢٤٥)؛ والتمهيد لابن عبد البر، ط مجموعة التحف والنفائس الدولية للنشر والتوزيع بالسعودية (١٢/ ٣٤٥).

(٤) الغاية القصوى في دراية الفتوى للبيضاوي، تحقيق د. علي القره داغي، ط دار الإصلاح بالدمام (٢/ ٦١٩)؛ ويراجع روضة الطالبين، ط المكتب الإسلامي بدمشق (٥/ ١٧٣)؛ والأم، ط دار المعرفة (٤/ ١٤)؛ وحاشية القليوبي وعميرة على شرح المحلى، ط دار إحياء الكتب العربية بمصر (٣/ ٦٧)؛ وفتح العزيز بهامش المجموع (١٢/ ١٧٥)؛ والحاوي الكبير، ط دار الكتب العلمية ببيروت (٧/ ٣٨٨).

وعرَّفها الحنابلة بأنها بيع المنافع[1]، وجاء في منتهى الإرادات: (الإجارة شرعاً عقد على منفعة مباحة معلومة مدة معلومة من عين معينة، أو موصوفة في الذمة، أو على عمل معلوم بعوض معلوم. . .)[2].

ويفهم من كلام ابن حزم الظاهري أن الإجارة عقد وارد على منفعة كل شيء له منفعة ولا يستهلك عينه[3].

وهذه التعاريف متقاربة من حيث النتيجة، إلَّا أن التعريف الأخير مفصّل أكثر من غيره، ومبيَّن فيه عناصر الإجارة الأساسية.

* **ولا يختلف معناها في القانون عما ذكرناه**، فقد عرفت المادة (٥٥٨) من القانون المدني المصري الإيجار بأنه: (عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر من الانتفاع بشيء معين مدة معينة لقاء أجر معلوم). بل استعمل القانون المدني العراقي التعريف الفقهي فنصَّت مادته (٧٢٢) على أن: (الإيجار تمليك منفعة معلومة بعوض معلوم لمدة معلومة، وبه يلتزم المؤجر أن يمكن المستأجر من الانتفاع بالمأجور). ويطابق تعريف في القانون المدني السوري المادة (٥٢٦)، وفي القانون المدني الليبي في مادته (٥٥٧) ما ذكره القانون المصري السابق[4].

الإجارة في القرآن الكريم:

ورد لفظ الأجر ومشتقاته في القرآن الكريم حوالي مائة وثماني مرات،

---

(١) المغني لابن قدامة، ط الرياض الحديثة (٥/ ٤٣٣)؛ ويراجع المبدع في شرح المقنع، ط المكتب الإسلامي (٥/ ٨٢).

(٢) منتهى الإرادات، مع شرح البهوتي، ط عالم الكتب العلمية ببيروت (٢/ ٢٤١).

(٣) المحلى لابن حزم، ط دار الاتحاد العربي للطباعة بمصر (٩/ ٣).

(٤) الوسيط في شرح القانون المدني للدكتور عبد الرزاق السنهوري، ط دار النهضة العربية بالقاهرة (٦/ ٣)؛ وعقد الإيجار للدكتور سليمان مرقس الطبعة الثَّانية بالقاهرة، ١٩٥٤م (ص٥).

منها الآيات الواردة في سورة القصص بخصوص قصة سيدنا موسى في مدين وأخذ أجرة سقيه، ثمَّ جعله أجرته مهراً لزوجته حيث يقول الله تعالى: ﴿فَسَقَىٰ لَهُمَا ثُمَّ تَوَلَّىٰٓ إِلَى ٱلظِّلِّ فَقَالَ رَبِّ إِنِّي لِمَآ أَنزَلْتَ إِلَيَّ مِنْ خَيْرٍ فَقِيرٌ ﴿٢٤﴾ فَجَآءَتْهُ إِحْدَىٰهُمَا تَمْشِي عَلَى ٱسْتِحْيَآءٍ قَالَتْ إِنَّ أَبِي يَدْعُوكَ لِيَجْزِيَكَ أَجْرَ مَا سَقَيْتَ لَنَا ۚ فَلَمَّا جَآءَهُۥ وَقَصَّ عَلَيْهِ ٱلْقَصَصَ قَالَ لَا تَخَفْ ۖ نَجَوْتَ مِنَ ٱلْقَوْمِ ٱلظَّٰلِمِينَ ﴿٢٥﴾ قَالَتْ إِحْدَىٰهُمَا يَٰٓأَبَتِ ٱسْتَـْٔجِرْهُ ۖ إِنَّ خَيْرَ مَنِ ٱسْتَـْٔجَرْتَ ٱلْقَوِيُّ ٱلْأَمِينُ ﴿٢٦﴾ قَالَ إِنِّيٓ أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ٱبْنَتَيَّ هَٰتَيْنِ عَلَىٰٓ أَن تَأْجُرَنِي ثَمَٰنِيَ حِجَجٍ ۖ فَإِنْ أَتْمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِندِكَ ۖ وَمَآ أُرِيدُ أَنْ أَشُقَّ عَلَيْكَ ۚ سَتَجِدُنِيٓ إِن شَآءَ ٱللَّهُ مِنَ ٱلصَّٰلِحِينَ ﴿٢٧﴾ قَالَ ذَٰلِكَ بَيْنِي وَبَيْنَكَ ۖ أَيَّمَا ٱلْأَجَلَيْنِ قَضَيْتُ فَلَا عُدْوَٰنَ عَلَيَّ ۖ وَٱللَّهُ عَلَىٰ مَا نَقُولُ وَكِيلٌ﴾(1).

فهذه الآيات تضمنت صورة عقد متكاملة للإيجار كما تضمنت ضوابط وآداباً للإجارة ونحوها، فالعقد قد تمَّ بين العاقدين وهما: سيدنا موسى عليه السَّلام والشيخ الكبير على أساس أن المعقود عليه هو العمل في الرعي ونحوه لمدة ثماني سنوات أو عشر سنوات في مقابل إنكاح ابنته ومهرها، والصيغة تتمثل في إيجاب الشيخ الكبير، وقبول موسى عليه السَّلام.

ويستفاد منها أن الإيجاب (أو القبول) يمكن أن يتحقق بفعل المضارع ما دامت القرائن تدل على الإنشاء دون الوعد، كما أن القبول قد يتم بأي صيغة تدل عليه مثل: (ذلك بيني وبينك) دون الالتزام بلفظ مخصوص، وهذا هو ما يسمى بمبدأ الرضائية في العقود.

كما يستفاد منها أن مدة عقد الإجارة يمكن أن تكون محددة بوقت واحد، ويمكن أن تكون على الخيار بين وقتين، حيث تم العقد في الإيجاب على أساس ثماني سنوات، أو عشر، وكان قبول موسى عليه السَّلام أيضاً غير محدد حيث قال: ﴿ذَٰلِكَ بَيْنِي وَبَيْنَكَ ۖ أَيَّمَا ٱلْأَجَلَيْنِ قَضَيْتُ فَلَا عُدْوَٰنَ عَلَيَّ ۖ﴾.

---

(1) سورة القصص: الآيات ٢٤ ـ ٢٨.

ويقاس على ذلك ما إذا كان الخيار بين أكثر من وقتين ما دام ذلك لا يؤدي إلى النزاع[1].

ودلت هذه الآيات الكريمة على جواز الجمع بين عقدين في صفقة واحدة، وهما النكاح والأجرة والربط بينهما قال أبو بكر ابن العربي: (في هذا اجتماع إجارة ونكاح، وقد اختلف علماؤنا في ذلك على أربعة أقوال:

القول الأوَّل: يكره ابتداء، فإن وقع مضى.

الثَّاني: قال مالك وابن القاسم في المشهور: لا يجوز.

والثَّالث: قال ابن الماجشون: إن بقي من القيمة ربع دينار جاز، وإلا فلا. قال أبو بكر: (والصحيح جوازه وعليه تدل الآية)[2].

وتضمنت الآيات إرشادات في غاية من الأهمية لاختيار الأجير، والوكيل، والموظف، والمدير ونحوهم، حيث قالت: ﴿إِنَّ خَيْرَ مَنِ ٱسْتَـْٔجَرْتَ ٱلْقَوِىُّ ٱلْأَمِينُ﴾، فهاتان الصفتان: القوة والأمانة إذا تحققتا فيمن يوكل عليه العمل فإن النجاح يكون متحققاً بإذن الله تعالى. فالقوة تعني القوة البدنية والفكرية والعقدية وتدخل فيها الخبرة والمعرفة والفطنة والكياسة، والمهارة، وأما الأمانة فتعني الإخلاص والغيرة والإحساس بالمسؤولية، ووجود رقابة داخلية تمنع الشخص من الخيانة والاعتداء ومن التفريط والتقصير، والمقصود أن يتوافر في الشخص الإخلاص والاختصاص وهما جامع الخير كله.

واستعمل القرآن الكريم الأجور بدل المهور في أكثر من آية، فقال

---

(١) قال الرازي في التفسير الكبير، ط دار إحياء التراث العربي ببيروت (٢٤/ ٢٤٢): (إن عقد النكاح وقع على أقل الأجلين فكانت الزيادة كالتبرع)، كما ذكر أن ذلك من شرع من قبلنا، وتدل الآيات على أن عقد النكاح لا يفسده الشروط التي لا يوجبها العقد. والراجح: هو أن شرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد ناسخ كما هو معروف في علم الأصول.

(٢) أحكام القرآن لابن العربي، ط دار المعرفة ببيروت (٣/ ١٤٧٦).

تعالى: ﴿بَعْضٍۚ فَٱنكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ وَءَاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾[1]، كما استعملها في أجور المرضعات فقال تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾[2]، كما استعمل القرآن الكريم الأجر والأجور بمعنى الثواب في الآخرة في آيات كثيرة، وبمعنى الأجر الدنيوي في مقابل العمل كما في قوله تعالى في قصة موسى والخصر: ﴿لَوْ شِئْتَ لَتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْرًا﴾[3].

الإجارة في السُّنَّة المطهَّرة:

تكفلت السُّنَّة النَّبوِيَّة المشرفة بتفصيل الإجارة وكثير من أحكامها وآدابها، فقد خصص البخاري أحكامها بكتاب خاص سماه: كتاب الإجارة، وذكر فيه اثنين وعشرين باباً، واشتمل على ثلاثين حديثاً، المعلق منها خمسة، والبقية موصولة، ووافقه مسلم على تخريجها سوى أربعة أحاديث، وفيه من الآثار ثمانية عشر أثراً[4].

وكذلك فعل أبوداود في جامع سننه وقد ذكر باب استئجار الرجل الصالح. ثمَّ باب رعي الغنم على قراريط، وذكر فيه حديثاً بسنده إلى أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: «**ما بعث الله نبياً إلَّا رعى الغنم**»، فقال أصحابه وأنت؟ فقال: «**نعم، كنت أرعاها على قراريط لأهل مكة**»[5]. ثمَّ ذكر باب استئجار المشركين عند الضرورة، أو إذا لم يوجد أهل الإسلام، فأورد بسنده عن عائشة رضي الله عنها: (استأجر النبي ﷺ وأبو بكر رجلاً من بني الديل، ثمَّ من بني عبد بن عدي هادياً خريتاً) ـ الخريت: الماهر بالهداية ـ. ثمَّ ترجم: باب: إذا استأجر أجيراً ليعمل له بعد ثلاثة أيام ـ أو بعد

---

(١) سورة النساء: الآية ٢٥.
(٢) سورة الطلاق: الآية ٦.
(٣) سورة الكهف: الآية ٧٧.
(٤) فتح الباري (٤/ ٤٦٣).
(٥) صحيح البخاري مع فتح الباري، ط السلفية (٤/ ٤٣٩ ـ ٤٤١).

شهر أو بعد سنة ـ جاز، وأورد الحديث السابق للدلالة على ذلك، ثمَّ ترجم: باب الأجير في الغزو، وباب: إذا استأجر أجيراً؛ فبين له الأجل ولم يبين العمل واستدل في ذلك بقوله تعالى: ﴿قَالَ إِنِّيٓ أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ٱبْنَتَيَّ هَٰتَيْنِ. . .﴾ إلى قوله تعالى: ﴿وَٱللَّهُ عَلَىٰ مَا نَقُولُ وَكِيلٌ﴾، حيث مال البخاري إلى جواز ذلك، قال الحافظ ابن حجر: (ووجه الدلالة منه أنه لم يقع في سياق القصة المذكورة بيان العمل، وإنما فيه أن موسى أجر نفسه من والد المرأتين)، ثمَّ قال: (قال المهلب: ليس في الآية دليل على جهالة العمل في الإجارة؛ لأن ذلك كان معلوماً بينهم، وإنما حذف ذكره للعلم به، وتعقبه ابن المنير بأن البخاري لم يرد جوازاً أن يكون العمل مجهولاً، وإنما أراد أن التنصيص على العمل باللفظ ليس مشروطاً، وأن المتبَع المقاصد، لا الألفاظ[1].

ومنها: باب من استأجر أجيراً فترك أجره، فعمل فيه المستأجر فزاد، أو من عمل في مال غيره فاستفضل، فروى فيه قصة الثلاثة الذين دخلوا الغار[2].

ومنها: باب أجرة السمسرة: ولم يرَ ابن سيرين وعطاء، وإبراهيم والحسن بأجر السمسار بأساً، وقال ابن عباس: لا بأس أن يقول بع هذا الثوب، فما زاد على كذا وكذا فهو لك، وقال ابن سيرين: إذا قال: بعه بكذا، فما كان من ربح فلك، أو بيني وبينك فلا بأس به، وقال النبي ﷺ: «**المسلمون على شروطهم**»[3].

ومنها: باب هل يؤاجر الرجل نفسه من مشرك في أرض الحرب؟ فأورد فيه حديث خباب قال: (كنت رجلاً قيناً، فعملت للعاص بن وائل. . .)، ووجه الاستدلال: أن النبي ﷺ قد اطّلع على ذلك وأقره، قال المهلب: (كره أهل العلم ذلك إلَّا لضرورة بشرطين: **أحدهما**: أن يكون عمله فيما يحل

(١) فتح الباري شرح صحيح البخاري (٤/ ٤٤٤).
(٢) صحيح البخاري مع الفتح (٤/ ٤٤٩).
(٣) صحيح البخاري مع الفتح (٤/ ٤٥١).

للمسلم فعله. **والآخر**: أن لا يعينه على ما يعود ضرره على المسلمين).

وقال ابن المنير: (استقرّت المذاهب على أن الصناع في حوانيتهم يجوز لهم العمل لأهل الذمة، ولا يعد ذلك من الذلة، بخلاف أن يخدمه في منزله، وبطريق التبعية له)[1].

ومنها: باب ما يعطى في الرقية على أحياء العرب بفاتحة الكتاب، وقال ابن عباس عن النبي ﷺ: «**أحقّ ما أخذتم عليه أجراً كتاب الله**»، قال الحافظ ابن حجر: حديث ابن عباس رضي الله عنهما وصله المؤلف رحمه الله في الطب واستدلّ به للجمهور على جواز أخذ الأجرة على تعليم القرآن، وخالف الحنفية فمنعوه في التعليم، وأجازوه في الرقي كالدواء)[2].

ومنها: باب كسب البغي والإماء. وكره إبراهيم النخعي أجر النائحة والمغنية، ثمَّ أورد فيه حديث أبي مسعود الأنصاري رضي الله عنه: (أنَّ رسول الله ﷺ نهى عن ثمن الكلب ومهر البغي وحلوان الكاهن).

ومنها: باب عسب الفحل حيث أورد حديث ابن عمر رضي الله عنهما قال: نهى عن عسب الفحل ـ أجرة نزوه ـ. وختم البخاري بباب: إذا استأجر أرضاً فمات أحدهما، وقال ابن سيرين: ليس لأهله أن يخرجوه إلى تمام الأجل، وقال الحكم والحسن وإياس بن معاوية: تمضي الإجارة إلى أجلها. وقال ابن عمر: أعطى النبي ﷺ خيبر بالشطر فكان ذلك على عهد النبي ﷺ وأبي بكر وصدراً من خلافة عمر، ولم يذكر أن أبا بكر وعمر جدداً الإجارة بعدما قبض النبي ﷺ ثمَّ أورد أحاديث في الباب[3].

قال الحافظ ابن حجر: (الجمهور على عدم الفسخ ـ أي: فسخ الإجارة بموت أحد العاقدين ـ وذهب الكوفيون، والليث بن سعد إلى الفسخ. . .)[4].

---

(١) فتح الباري (٤/ ٤٥٢).

(٢) فتح الباري (٤/ ٤٥٣).

(٣) يراجع صحيح البخاري مع الفتح (٤/ ٤٣٩ ـ ٤٦٣).

(٤) فتح الباري (٤/ ٤٦٢).

وأورد أبو داود في كتاب الإجارة في سننه عدَّة أبواب منها باب كسب المعلم، فأورد حديث عبادة بن الصامت الدال على حرمة الأجرة على تعليم القرآن، حيث قال: (علمت أناساً من أهل الصفة القرآن والكتاب، فأهدى إليّ رجل منهم قوساً فقلت: ليست بمال، وأرمي عليها (عنها) في سبيل الله، لآتين رسول الله ﷺ فلأسألنه، فأتيته، فقلت: يا رسول الله: رجل أهدى إليّ قوساً ممن كنت أعلمه الكتاب والقرآن، وليست بمال وأرمي عنها (عليها) في سبيل الله؟ قال: «**إن كنت تحب أن تطوق طوقاً من نار فاقبلها**»[1].

قال الخطابي: (اختلف قوم من العلماء في معنى هذا الحديث وتأويله، فذهب بعضهم إلى ظاهره، فرأوا أن أخذ الأجرة على تعليم القرآن غير مباح، وإليه ذهب الزهري، وأبو حنيفة، وإسحاق بن راهويه، وقالت طائفة: لا بأس به ما لم يشترط وهو قول الحسن البصري وابن سيرين والشعبي، وأباح ذلك الآخرون وهو مذهب عطاء ومالك والشافعي وأبي ثور واحتجوا بحديث سهل بن سعد أن النبي ﷺ قال للرجل الذي خطب المرأة فلم يجد لها مهراً: «**زوجتكما على ما معك من القرآن**»، وتأولوا حديث عبادة على أنه كان تبرع به ونوى الاحتساب فيه، ولم يكن قصده وقت التعليم إلى طلب عوض ونفع فحذّره النبي ﷺ إبطال أجره وتوعده عليه، وكان سبيل عبادة في هذا سبيل من ردّ ضالة لرجل أو استخرج له متاعاً قد غرق في بحر تبرعاً وحسبة فليس له أن يأخذ عليه عوضاً، ولو أنه طلب لذلك أجرة قبل أن يفعله حسبة كان ذلك جائزاً وأهل الصفة قوم فقراء كانوا يعيشون بصدقة الناس، فأخذ المال منهم مكروه، ودفعه إليهم مستحب)[2].

---

(١) سنن أبي داود مع عون المعبود، ط مطابع المجد بالقاهرة (٩/ ٢٨٢).

(٢) عون المعبود (٩/ ٢٨٣).

وقد رجح الحافظ البيهقي حديث ابن عباس وهو: (إنَّ أحقّ ما أخذتم عليه أجراً كتاب الله)، وحديث سهل بن سعد على حديث عبادة لأنهما أصح إسناداً، أما حديث عبادة ففيه الأسود بن ثعلبة، قال البيهقي: (فإنا لا نحفظ عنه إلَّا هذا الحديث، وهو حديث مختلَف فيه على عبادة. . .)[1].

ومنها: باب في كسب الحجام، فأورد فيه حديث رافع بن خديج أن النبي ﷺ قال: «**احتجم رسول الله ﷺ وأعطى الحجام أجره، ولو عَلِمه خبيثاً لم يعطه**»[2].

وهذا الحديث الأخير دليل واضح على إباحة كسبه، ويحمل الخبيث في الحديث على الرذيل. كما في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَيَمَّمُواْ ٱلْخَبِيثَ مِنْهُ تُنفِقُونَ وَلَسْتُم بِـَٔاخِذِيهِ إِلَّآ أَن تُغْمِضُواْ فِيهِۚ﴾[3].

وأورد البيهقي في كتاب الإجارة عدَّة أبواب، منها: جواز الإجارة، فذكر فيه عدداً كبيراً من الآيات والأحاديث الدالة على ذلك، ومنها باب لا تجوز الإجارة حتى تكون الأجرة معلومة، فذكر فيه الاستدلال بحديث النهي عن بيع الغرر، من حيث إن الإجارات صنف من البيوع، ثمَّ أورد حديثاً بسنده عن أبي هريرة عن النبي ﷺ: «**لا يساوم الرجل على سوم أخيه. . . ومن استأجر أجيراً فليعلمه أجره**»[4].

ومنها: باب إثم من منع الأجير أجره، فأورد فيه بسنده عن أبي هريرة قال قال رسول الله ﷺ: «**قال الله عز وجل: ثلاثة أنا خاصمهم يوم القيامة، ومن كنت خصمه خصمته: رجل أعطى بي ثمَّ غدر، ورجل باع حراً فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيراً استوفى منه ولم يوفه**»، قال البيهقي: ورواه

---

(١) السنن الكبرى، ط العثمانية بحيدرآباد (٦/ ١٢٥).
(٢) المصدر السابق (٩/ ٢٩٠).
(٣) سورة البقرة: الآية ٢٦٧.
(٤) السنن الكبرى (٦/ ١١٦ ـ ١٢٠).

البخاري في الصحيح عن يوسف بن محمد، ثمَّ أورد حديث أبي هريرة بلفظ: (أعط الأجير أجره قبل أن يجفَّ عرقه)[1].

ومنها: باب ما يستحب من تأخير الأحمال ليكون أسهل على الجمال وغيرها، فأورد فيه قول عمر رضي الله عنه: ينادي: (أخِّروا الأحمال، فإن الأيدي معلقة، والأرجل موثقة)، ثمَّ رواه مرفوعاً بسنده عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «**إذا حملتم فأخروا، فإن اليد معلقة والرجل موثقة**»[2].

ومنها: باب كسب الرجل وعمله بيده، فأورد فيه حديث معدي كرب الذي رواه البخاري أيضاً، وهو أن رسول الله ﷺ قال: «ما أكل أحد من بني آدم طعاماً خيراً له من أن يأكل من عمل يديه، إن نبي الله داود كان يأكل من كسب يديه»، ثمَّ أورد بسنده قول عائشة رضي الله عنها: (كان أصحاب رسول الله ﷺ قوماً عمال أنفسهم)، وفي رواية: (كانوا يعالجون أرضيهم بأيديهم)[3].

المبادىء والقيم التي تستفاد من هذه الآيات والآحاديث:

أوَّلاً: مشروعية الإجارة، بل إثبات فضلها حيث قال الرسول ﷺ: «**ما أكل أحد من بني آدم طعاماً خيراً له من أن يأكل من عمل يديه، وإن نبي الله داود كان يأكل من كسب يديه**»، كما ورد أن أصحاب رسول الله ﷺ كانوا يؤجرون أنفسهم، وأنه ما من نبي إلَّا رعى الغنم، وأن رسول الله ﷺ كان يرعى الغنم لأهل مكة على قراريط. وهذا المبدأ يؤكد أن العبادة (أو الأجر والثواب) لا تنحصر دائرتها في باب الشعائر والمناسك، بل هي تشمل كل عمل نافع يراد به تعمير الكون على ضوء منهج الله، ولذلك تعتبر الإجارات في مجموعها من فروض الكفايات التي لا ينبغي تركها.

---

(١) المصدر السابق (٦/ ١٢١).
(٢) المصدر السابق (٦/ ١٢١ ـ ١٢٢).
(٣) السنن الكبرى (٦/ ١٢٧).

ثانياً: رعاية الحقوق المتبادلة والتركيز على حق الأجير، وذلك من خلال الأحاديث الدالّة على أن يبذل الأجير ما يسعه جهده حتى يعرق، وعلى أن يعطى حقه قبل أن يجفّ عرقه، حيث شدد الإسلام في ذلك حتى إن الله تعالى يكون خصم ذلك الرجل الذي يأخذ حقه من الأجير، ولكن لا يعطيه حقه في الأجرة المتفق عليها.

ثالثاً: استئجار الشخص الصالح القوي القادر الأمين الماهر الخريت.

رابعاً: عدم اشتراط ذكر العمل في إجارة الأشخاص حيث ترجم البخاري باب: إذا استأجر أجيراً فبين له الأجل ولم يبيِّن له العمل حيث أن موسى عليه السَّلام أجر نفسه دون ذكر العمل.

خامساً: الاستثمار في أجرة الأجير التي تركها، حيث يكون المال كله له، وهذا من قمة الأخلاق الإسلامية.

سادساً: عدم البأس بأجرة السمسار.

سابعاً: عدم البأس من الاستئجار للكافر كقاعدة عامة.

ثامناً: جواز أخذ الأجرة على الرقية والتطبيب.

تاسعاً: عدم جواز الاستئجار في المحرمات والخبائث والشبهات.

عاشراً: الموت لا يؤثر في عقد الإجارة ومدتها ماضية حتى تنتهي.

الحادي عشر: الجمع بين الأحاديث الدالة على جواز الأجرة على تعليم القرآن والأحاديث الدالة على المنع، وذلك بحمل الأحاديث الأخيرة على حالة إذا ما كان الشخص ينوي الاحتساب، ثمَّ يطلب الأجرة، أو بترجيح أحاديث الجواز على المنع لأنها أصح إسناداً.

الثَّاني عشر: عدم جواز الغرر والجهالة في الإجارة.

الثَّالث عشر: آداب إسلامية رائعة في تأجير الدواب تدل على منتهى الرفق بالحيوان، بل تدخل السلطة لأجل عدم وقوع الظلم عليه، وهناك أحكام أخرى لا يسع المجال لذكرها.

الرَّابع عشر: جواز استئجار الأجير بطعامه كسوته، ويدل على ذلك حديث عتبة بن المنذر قال: كنا عند النبي ﷺ فقرأ طسم، حتى بلغ قصة موسى عليه السَّلام، فقال: «**إن موسى أجر نفسه ثمان سنين أو عشر سنين على عفة فرجه، وطعام بطنه**»، رواه أحمد وابن ماجه(١).

الخامس عشر: ضرورة الحرص على أداء العمل بإخلاص وإتقان وبعلم، بحيث إذا لم يكن عالماً بمهنته فإنه يكون ضامناً للآثار التي تترتب على عمله، لما رواه أبو داود والنسائي وابن ماجه بسندهم عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ قال: «**من تطبَّبَ ولم يعلم منه طبٌّ فهو ضامن**»(٢).

مشروعية الإجارة

الإجارة مشروعة، بل مطلوبة في الإسلام كما دلّت على ذلك الآيات والأحاديث التي ذكرناها.

وقد أجمعت الأمة على جوازها، ولكن يحكى عن أبي بكر عبد الرحمٰن بن الأصم أنه لا يجيزها، بناء على أن الإجارة بيع المنافع، وهي معدومة في الحال، والمعدوم لا يجوز بيعه، وأنها غرر(٣)، وكلامه هذا متعارض مع النصوص السابقة ومع الإجماع فلا يعتد به، قال ابن قدامة: (وهذا غلط لا يمنع انعقاد الإجماع الذي سبق في الأعصار، وسار في الأمصار، والعبرة أيضاً دالة عليها، فإن الحاجة إلى المنافع كالحاجة إلى الأعيان، فلما جاز العقد على الأعيان وجب أن تجوز الإجارة على المنافع)(٤)، وقال الكاساني: (إنَّ الأمة أجمعت على ذلك قبل وجود الأصم

---

(١) رواه ابن ماجه في سننه كتاب الرهن (٢/ ٨١٧)؛ وجاء في الزوائد: إسناده ضعيف، ورواه أحمد؛ ويراجع نيل الأوطار، ط الطباعة الفنية بالقاهرة ١٣٩٨هـ (٧/ ٤٢).

(٢) سنن أبي داود مع العون، كتاب الديات (١٢/ ٣٢٩)؛ وابن ماجه، كتاب الطب (٢/ ١١٤٨)؛ وأخرجه الحاكم وقال: صحيح الإسناد؛ وأقرّه الذهبي.

(٣) المغني لابن قدامة (٥/ ٤٣٣)؛ وبدائع الصنائع (٥/ ٢٥٥٤).

(٤) المغني لابن قدامة (٥/ ٤٣٣)؛ ويراجع الروضة للنووي (٥/ ١٧٣).

حيث يعقدون عقد الإجارة من زمن الصحابة إلى يومنا هذا من غير نكير، فلا يعبأ بخلافه، إذ هو خلاف الإجماع)[1].

وذكر ابن رشد أن ابن عُليّة مع الأصم في هذا الرأي، بناء على شبهة واهية، وهي: أن المعاوضات إنما يستحق فيها تسليم الثمن بتسليم العين كالحال في الأعيان المحسوسة، والمنافع في الإجارات في وقت العقد معدومة فكان ذلك غرراً، ومن بيع ما لم يخلق. ولكن الرد عليها جلي وهو أن طبيعة عقد الإجارة تختلف عن البيع لأنها قائمة على تحقيق المنفعة التي تستوفى في المستقبل، كما هو الحال في السَّلَم، حيث هو عقد قائم على تسليم شيء في المستقبل[2].



(١) بدائع الصنائع (٥/ ٢٥٥٦).

(٢) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط دار الجيل ببيروت (٢/ ٣٩٥ ـ ٣٦٠)؛ ويراجع المحلى لابن حزم (٩/ ٣)، حيث أسند الخلاف إلى إبراهيم بن عُلية فقط وقال: (وهذا باطل من قوله).

القسم الثَّاني

الإجارة في الفقه الإسلامي

طبيعة عقد الإجارة وصفته

عقد الإجارة من عقود المعاوضات المسماة، وهو عقد لازم عند جمهور الفقهاء حيث لا يكون لأحد الطَّرفين فسخها دون رضا الآخر إلَّا لحق خيار الشرط، أو العيب، أو نحوهما. وهذا مذهب المالكية، والشافعية، والحنابلة[1].

ونقل عن شريح: أنها غير لازمة، وتفسخ بلا عذر لأنها إباحة المنفعة فأشبهت الإعارة. ورُدَّ بأنه القياس مع الفارق؛ لأن الإعارة بدون عوض، فهي تطوع وإحسان، في حين أن الإجارة معاوضة من الطَّرفين.

ذهب الحنفية إلى أنها عقد لازم، ولكن تفسخ بعذر طارىء، قال الكاساني: (وأما صفة الإجارة فالإجارة عقد لازم إذا وقعت صحيحة عَرِيّة عن خيار الشرط، والعيب، والرؤية، عند عامة العلماء، فلا تفسخ من غير عذر)[2]. وقال أيضاً: (وأما شرط اللزوم فنوعان: نوع هو شرط انعقاد العقد لازم، ونوع هو شرط بقائه على اللزوم.

أمَّا الأوَّل، فأنواع: منها أن يكون العقد صحيحاً؛ لأن العقد الفاسد

---

(١) يراجع عقد الجواهر الثمينة (٢/ ٨٥٩)؛ والذخيرة (٥/ ٥٣١)؛ وبداية المجتهد (٢/ ٣٥٩ ـ ٣٧٤)؛ وروضة الطالبين (٥/ ٢٣٩)؛ والمغني لابن قدامة (٥/ ٤٣٣)؛ والكافي، ط المكتب الإسلامي بدمشق (٢/ ٣١٥).

(٢) بدائع الصنائع (٦/ ٢٦٢٣).

غير لازم بل هو مستحق النقض والفسخ رفعاً للفساد حقًّا للشرع، فضلاً عن الجواز.

ومنها: أن لا يكون بالمستأجر عيب في وقت العقد، أو وقت القبض يخل بالانتفاع، فإن كان لم يلزم العقد، حتى قالوا في العبد المستأجر للخدمة إذا ظهر أنه سارق له أن يفسخ الإجارة؛ لأن السَّلامة مشروطة فتكون كالمشروط نصًّا كما في بيع العين.

ومنها: أن يكون المستأجر مرئيًّا للمستأجر، حتى لو استأجر داراً لم يرها ثمَّ رآها فلم يرضَ بها أنه يردها؛ لأن الإجارة بيع المنفعة فيثبت فيها خيار الرؤية كما في بيع العين.

وأمَّا الثَّاني، فنوعان:

أحدهما: سلامة المستأجر عن حدوث عيب به يخل بالانتفاع به (مثل استئجار دابة ثمَّ تعرج، أو بيت فينهدم بعضه، أو شخص فيمرض) فالمستأجر بالخيار إن شاء مضى على الإجارة وإن شاء فسخ، بخلاف البيع إذا حدث بالمبيع عيب بعد القبض فليس للمشتري أن يرده.. فإن لم يفسخ.. فعليه كمال الأجرة؛ لأنه رضي بالمعقود عليه مع العيب فيلزمه جميع البدل.. وإن زال العيب قبل أن يفسخ..، بطل خيار المستأجر؛ لأن الموجب للخيار قد زال والعقد قائم فيزول الخيار.

هذا إذا كان العيب مما يضر بالانتفاع بالمستأجر، فإن كان لا يضر به بقي العقد لازماً ولا خيار للمستأجر كالعبد (الشخص) المستأجَر إذا ذهبت إحدى عينيه، وذلك لا يضر بالخدمة، أو سقط شعره، أو سقط من الدار المستأجرة حائط لا ينتفع به في سكناها؛ لأن العقد ورد على المنفعة لا على العين...

والثَّاني عدم حدوث عذر بأحد العاقدين، أو بالمستأجر، فإن حدث بأحدهما، أو بالمستأجر عذر لا يبقى العقد لازماً، وله أن يفسخ، وهذا عند أصحابنا.

وعند الشافعي: هذا ليس بشرط بقاء العقد لازماً، ولقب المسألة أن الإجارة تُفسخ بالأعذار عندنا خلافاً له. . . لأن الحاجة تدعو إلى الفسخ عند العذر؛ لأنه لو لزم العقد عند تحقق العذر للزم صاحب العذر ضرر لم يلتزمه بالعقد. . فكان الفسخ في الحقيقة امتناعاً من التزام الضرر، وله ولاية ذلك.

ثمَّ بين الكاساني تفاصيل الأعذار التي يفسخ بها العقد فقال: إن العذر قد يكون من جانب المستأجِر، وقد يكون في جانب المؤاجر، وقد يكون في جانب المستأجَر:

أما الذي في جانب المستأجِر: (فنحو أن يفلس فيقوم من السوق، أو يريد سفراً، أو ينتقل من الحرفة إلى الزراعة، أو من الزراعة إلى التجارة، أو ينتقل من حرفة إلى حرفة؛ لأن المفلس لا ينتفع بالحانوت فكان في إبقاء العقد من غير استبقاء المنفعة إضرار به ضرراً لم يلتزمه العقد فلا يجبر على عمله).

وأما الذي هو في جانب المؤاجر فنحو أن يلحقه دين فادح لا يجد قضاءه إلَّا من ثمن العين المؤجرة.

وأما الذي هو في جانب المستأجَر فمنه بلوغ الصبي الذي أجره أبوه أو جده، أو وصيهما، ومنها أن لا يأخذ الصبي من ثدي الظئر.

ولكن الحنفية لم يجعلوا الرخص أو التوسع من الأعذار؛ لأنه زيادة منفعة فلا يؤثر في العقد، فلا يجوز له أن يفسخ العقد لأجل أن أجرة الحانوت الذي أجره أغلى من غيره أو أضيق[1].

غير أنهم قالوا: إذا كانت الأجرة لأموال اليتيم، أو الوقف أقل من أجرة المثل تكون الإجارة فاسدة، وتلزم أجرة المثل[2].

---

(١) بدائع الصنائع (٥/ ٢٦١١ ـ ٢٦٢٢).
(٢) انظر: المادة (٤٤١) من مجلة الأحكام العدلية.

ويظهر أن الحنفية مع الجمهور في لزوم عقد الإجارة غير أن الأعذار الطارئة عندهم بمثابة العيوب التي تعطي حق الفسخ وسيأتي لذلك مزيد من التفصيل عند الحديث على فسخ الإجارة.

والأدلة من الكتاب والسُّنَّة تدل على وجوب الوفاء بالعقود، فقال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾(١)، ولأن عقد الإجارة من عقود المعاوضات كالبيع فيجب أن يكون ملزماً، بل إن الإجارة ـ كما قالوا ـ هي بيع المنافع.

علاقة الإجارة بالعقود الأخرى:

١ ـ مع البيع:

فهي تشبه البيع من حيث إن فيها نقلاً لملكية المنفعة إلى الآخر، لكنها تختلف عنه كثيراً لأن نقل الملكية في الإجارة خاص بالمنفعة فقط، وأنه نقل مؤقت بزمن محدد في حين أن البيع نقل لملكية المنفعة والرقبة معاً، أو لإحداهما على سبيل التأبيد، ومن جانب آخر فإن البيع لا يجوز إلَّا أن يكون منجزاً في حين أن الإجارة تقبل الإضافة حتى التعليق ـ كما سيأتي ـ.

ومن جانب ثالث فإن البيع استيفاء المبيع دفعة واحدة، في حين أن الإجارة تقتضي استيفاء المنفعة خلال الزمن المحدد.

وأيضاً إنه ليس هناك تلازم بين ما يجوز بيعه وما لا يجوز وبين ما تجوز إجارته وما لا تجوز، فالإنسان لا يباع، ولكنه يؤجر، والطعام لا يؤجر، ولكنه يباع(٢).

---

(١) سورة المائدة: الآية ١.

(٢) يراجع كتاب البيع في الكتب الفقهية، والموسوعة الفقهية (١/ ٢٥٣)، ومصطلح الإعارة منها.

(٣) المحلى لابن حزم (٩/ ٣ ـ ٤).

قال ابن حزم: «الإجارة ليست بيعاً.. ولو كانت بيعاً لما جازت إجارة الحر.. ولا يختلفون في أن الإجارة إنما هي الانتفاع بمنافع الشيء المؤاجر التي لم تخلق بعد، ولا يحل بيع ما لم يخلق[1].

٢ ـ مع الإعارة:

تتفق الإجارة مع الإعارة في أن كلاً منهما تمليك منفعة ولكنها تختلف معها في أن الإجارة تمليك بعوض، وهي بدون عوض، وفرق البعض بينهما فرقاً آخر، وهو أن الإعارة ليست تمليكاً، وإنما هي إباحة، ويترتب على ذلك آثار كثيرة[2].

٣ ـ مع الجعالة:

تتفق الإجارة معها في أن الجعالة عقد قائم على المنفعة أيضاً، ولكنها تختلف عنها في أنها عقد على منفعة مظنون حصولها وأن الجاعل لا ينتفع بجزء من عمل العامل، وإنما بتمام العمل، إضافة إلى أن الجعالة عقد غير لازم قبل إتمام العمل[3].

٤ ـ مع الاستصناع:

تتفق الإجارة مع الاستصناع في أنه أيضاً وارد على منفعة ولكنه يختلف معها في أنه عقد قائم على العمل والعين الموصوفة في الذمة[4] إضافة إلى أن دائرة الإجارة أوسع بكثير منه حيث الإجارة تكون للأعيان والأشخاص.

---

(١) يراجع كتاب الإعارة في كتب الفقه، والموسوعة الفقهية (١/٢٥٣).

(٢) يراجع كتاب الجعالة في كتب الفقه، ومصطلح الجعالة في الموسوعة الفقهية.

(٣) يراجع لمزيد من التفصيل: عقد الاستصناع بين اللزوم والجواز، وبين الاستقلال والاتباع، للدكتور على القره داغي المقدم إلى مجمع الفقه الإسلامي بجدة في دورته السَّابعة.

والخلاصة:

إن عقد الإجارة عقد مستقل له خصائصه وآثاره وأحكامه الخاصة، وإن التشابه بينه وبين أحد العقود السابقة لا يرقى إلى درجة أن تنصهر الإجارة في بوتقة أي عقد آخر.

أنواع عقد الإجارة

للإجارة تقسيمات باعتبارات مختلفة حيث تتفرع على كل تقسيم عدَّة أنواع نكتفي هنا بـ:

* التقسيم الأوَّل: باعتبار المحل (المعقود عليه)

حيث تقسم إلى:

١ ـ إجارة على الأعيان (أي: غير الإنسان).

٢ ـ إجارة الأشخاص.

٣ ـ والإجارة على الشخص نوعان:

(أ) إجارة خاصة (أي: الأجير الخاص)، وهو ما كان يحصر عمله لخدمة المؤجر، بحيث لا يجوز له أن يعمل سوى عمله، وهذا قد يحدد له زمن في كل يوم كما هو الحال بالنسبة للموظفين، والعمال المستأجرين للعمل في منشأة خاصة أو لشخص، وقد لا يحدد له زمن يومي مثل الخدم الذي يقع عليهم العقد لخدمة مخدوميهم لسنة أو أكثر أو أقل، لكن دون تحديد زمن يومي، فيكون كل أوقاتهم بحسب العرف لهم.

(ب) إجارة مشتركة (الأجير المشترك)، وهو الذي لا يكون عمله خاصًّا بأحد، بل يتقبَّل الأعمال في ذمته من غير واحد. قال الكاساني: (وهو الذي يعمل لعامة الناس)[1].

---

(١) البدائع (٥/٢٥٥٧).

* **التقسيم الثَّاني: باعتبار كون العقد صحيحاً أم لا:**

فالإجارة بهذا الاعتبار تقسم عند الجمهور إلى قسمين وهما:

١ ـ إجارة صحيحة وهي التي توافرت فيها الأركان والشروط، وانعدمت فيها الموانع والمفسدات، بحيث يترتب عليها أثرها الشرعي من حق الانتفاع ونحو ذلك.

٢ ـ إجارة باطلة وفاسدة وهي التي لم تتوافر فيها الأركان والشروط معاً، أو أحدهما، أو وجدت فيها الموانع والمفسدات.

وعند الحنفية تقسم إلى ثلاثة أقسام:

١ ـ إجارة صحيحة ـ مثل تعريف الجمهور.

٢ ـ إجارة باطلة: وهي التي لم تتوافر فيها الأركان والشروط، أوالأركان فقط، فالمعيار في الباطل عند الحنفية هو ما كان الخلل في الركن، وهذا النوع لا يترتب عليه أي أثر شرعي من آثار العقد.

٣ ـ إجارة فاسدة وهي التي لم تتوافر فيها الشروط، أو وجدت فيها الموانع والمفسدات من الشروط، فالمعيار للفاسد عند الحنفية هو ما كان الخلل في الشرط، وهذا قد تترتب عليه بعض الآثار في بعض الأحوال[١].

وهذا التقسيم له آثاره وأحكامه، نتحدث عنها عند الحديث عن أحكام الإجارة بإذن الله.

* **التقسيم الثَّالث: باعتبار كون المحل معيناً، أو موصوفاً في الذمة:**

والإجارة بهذا الاعتبار سواء كانت إجارة الأعيان أم الأشخاص نوعان:

---

(١) يراجع لمزيد من التفصيل حول هذا الخلاف: مبدأ الرضا في العقود، للدكتور علي القره داغي (١/ ١٥١)، وما بعدها.

١ ـ إجارة واقعة على منفعة عين معينة، أو شخص معين، مثل أجرتك هذه الدار المعينة بكذا، أو يقول الشخص: أجرتك نفسي بكذا، أو يقول مدير شركة الخدمات مثلاً أجرتك هذا الشخص المشاهد لعمل كذا بكذا.

٢ ـ إجارة واقعة على منفعة عين موصوفة في الذمة مثل أن يقول الرجل: أجرتك سيارة مواصفاتها كذا وكذا بكذا، على منفعة شخص غير معين أو موصوف في الذمة، بأن يقول مدير شركة الخدمات مثلاً: أجرتك لعمل كذا شخصاً مواصفاته ومؤهلاته وخبراته كذا بكذا.

جاء في الروضة: (والإجارة قسمان: واردة على العين كمن استأجر دابة بعينها ليركبها، أو يحمل عليها، أو شخصاً بعينه لخياطة ثوب، وواردة على الذمة كمن استأجر دابة موصوفة للركوب، أوالحمل، أو قال: ألزمت ذمتك خياطة هذا الثوب، أو بناء الحائط فقبل، وفي قوله: استأجرتك لكذا، أو لتفعل كذا وجهان، أصحهما: أن الحاصل به إجارة عين للإضافة إلى المخاطب.. والثَّاني إجارة الذمة، وعلى هذا إنما تكون إجارة عين إذا زاد فقال: (استأجرتك عينك، أو نفسك لكذا، أو لتعمل بنفسك كذا)[1].

والفرق بين الإجارة المعينة، والإجارة في الذمة واضح من عدَّة اعتبارات، منها:

١ ـ أن الشيء المستأجر موجود في الإجارة المعينة وقت العقد، وإلا أصبح العقد باطلاً.

في حين لا تشترط ذلك في الإجارة في الذمة؛ لأن الالتزام فيها يتعلق بالذمة.

٢ ـ أن محل الإجارة ـ وهو المنفعة المعقود عليها ـ دين متعلق بذمة المؤجر، وليس متعلقاً بشيءٍ محدد.

---

(١) الروضة (٥/ ١٧٣ ـ ١٧٤)؛ وحاشية القليوبي وعميرة (٣/ ٦٨).

٣ ـ أن الإجارة المعينة محل اتفاق، في حين أن الإجارة في الذمة قال بها جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة[١]. أما الحنفية فيشترطون في الإجارة تعيين محل العقد، ولا يجيزون الإجارة في الذمة[٢].

وقد نصت المادة (٤٤٩) من مجلة الأحكام العدلية على أنه: يلزم تعيين المأجور، وبناء على ذلك يصح إيجار أحد الحانوتين من دون تعيين أو تمييز.

٤ ـ أن الأجرة لا يجب تسليمها في محل العقد في الإجارة المعينة بالاتفاق، ولكنها تجب لدى بعض الفقهاء. . .

وهذه المسألة تابعة لأصل آخر وهو أن الإجارة الموصوفة في الذمة هل تعتبر بمثابة السلم في وجوب تسليم الأجرة أم أنها تظل إجارة وتطبق عليها الأحكام العامة لها؟

ذهب المالكية والشافعية إلى أن الإجارة في الذمة سلم في المنافع، وبالتالي فتطبق عليها أحكام السلم: من وجوب تسليم الأجرة في مجلس العقد عند الشافعية إذا كانت بلفظ السلم، وجواز تأخيرها إلى ثلاثة أيام إن كانت بشرط عند المالكية[٣]. . .

وذهب الحنابلة على الصحيح من المذهب ـ وعليه الأصحاب ـ إلى جواز تأجيل الأجرة مطلقاً وإن وجبت بنفس العقد[٤].

وذهب الشافعية في وجه إلى أنَّ عقد الإجارة في الذمة إذا تمَّ بلفظ

---

(١) عقد الجواهر الثمينة (٢/ ٨٥٩)، والذخيرة (٥/ ٥٣١)، وروضة الطالبين (٥/ ١٨٢)، والمغني لابن قدامة (٥/ ٤٣٣).
(٢) بدائع الصنائع (٦/ ٢٦٢٣).
(٣) المصادر السابقة.
(٤) الشرح الكبير، والإنصاف مع المقنع، تحقيق التركي (١٤/ ٥٠٥ ـ ٥٠٧)، والمبدع (٥/ ١١٥).

الإجارة (أي دون لفظ السلم) لا يشترط فيه قبض الأجرة في المجلس قبل التفرق؛ اعتباراً باللفظ[1].

والذي نرى رجحانه هو قول الحنابلة والشافعية، ليس لأجل اللفظ فقط، وإنما لاختلاف حقيقة السلم الذي هو عقد وارد على العين عن الإجارة التي ترد على المنفعة، ولأنه يغتفر في الإجارة، ويوسع في دائرتها أكثر من البيع ـ كما لا يخفى ـ.

*** التقسيم الرَّابع: باعتبار اشتراط الزمن أو عدمه:**

فالإجارة بهذا الاعتبار على ضربين:

١ ـ أن يعقدها على مدة.

٢ ـ أن يعقدها على عمل معلوم كبناء حائط، وخياطة قميص.

وقد وضع ابن قدامة لذلك ضابطاً وهو أنه: (إذا كان المستأجر مما له عمل كالحيوان جاز فيه الوجهان؛ لأن له عملاً تتقدر منافعه به، وإن لم يكن له عمل كالدار والأرض لم يجز إلَّا على مدة، ومتى تقدرت المدة لم يجز تقدير العمل، وبهذا قال أبوحنيفة والشافعي؛ لأن الجمع بينهما يزيدها غرراً؛ لأنه قد يفرغ من العمل قبل انقضاء المدة، فإن استعمل في بقية المدة زاد على ما وقع عليه العقد، وإن لم يعمل كان تاركاً للعمل في بعض المدة وقد لا يفرغ من العمل في المدة فإن أتمه عمل في غير المدة، وإن لم يعمله لم يأتِ بما وقع عليه العقد، وهذا غرر أمكن التحرز عنه ولم يوجد مثله في محل الوفاق فلم يجز العقد معه)[2].

وذهب أبو يوسف ومحمد وأحمد في رواية إلى جواز الجمع بين المدة والعمل، قال ابن قدامة: (وروي عن أحمد فيمن اكترى دابة إلى موضع على أن

---

(١) البيان في شرح المهذب ط دار المنهاج/ جدة (٧/ ٣٣٥).
(٢) المغني (٥/ ٤٣٨ ـ ٤٣٩).

يدخله في ثلاث فدخله في ست، فقال: قد أضرّ به، فقيل: يرجع عليه بالقيمة؟ قال: لا، يصالحه. وهذا يدل على جواز تقديرهما جميعاً، وهو قول أبي يوسف ومحمد بن الحسن؛ لأن الإجارة معقود على العمل قبل انقضاء المدة لم يلزمه العمل في بقيتها؛ لأنه وفى ما عليه قبل مدته فلم يلزمه شيء آخر، كما لو قضى الدين قبل أجله، وإن مضت المدة قبل العمل فللمستأجر فسخ الإجارة؛ لأن الأجير لم يفِ له بشرطه، وإن رضي بالبقاء عليه لم يملك الأجير الفسخ؛ لأن الإخلال بالشرط منه فلا يكون ذلك وسيلة له إلى الفسخ كما لو تعذر أداء المسلم فيه في وقته لم يملك المسلم إليه الفسخ، ويملكه المسلم، فإن اختار إمضاء العقد طالبه بالعمل لا غير، كالمسلم إذا صبر عند تعذر أداء المسلم فيه إلى حين وجوده لم يكن له أكثر من المسلم فيه، وإن فسخ العقد قبل عمل شيء من العمل سقط الأجر والعمل، وإن كان بعد عمل شيء منه فله أجر مثله؛ لأن العقد قد انفسخ فسقط المسمى ورجع أجر المثل)[1].

وقسَّم بعض الحنفية الإجارة إلى قسمين:

١ ـ إجارة على المنافع.

٢ ـ إجارة على الأعمال.

قال الكاساني: (وهي في الحقيقة نوع واحد؛ لأنها بيع المنفعة، فكان المعقود عليه المنفعة في النوعين جميعاً، إلَّا أن المنفعة تختلف باختلاف محل المنفعة فيختلف استيفاؤها باستيفاء منافع المنازل بالسكنى والأراضي الزراعية، وعبيد الخدمة بالخدمة والدواب بالركوب والحمل، والأواني والظروف بالاستعمال، والصناع بالعمل من الخياطة والقصارة ونحوهما، وقد يقام فيه تسليم النفس مقام الاستيفاء كما في أجير الواحد حتى لو سلم نفسه في المدة ولم يعمل استحق الأجر)[2].

---

(١) المرجع السابق نفسه.

(٢) بدائع الصنائع (٥/ ٢٥٥٧).

أركان عقد الإجارة وشروطها

للإجارة ثلاثة أركان وهي:

العاقدان (المؤجر والمستأجر)، الصيغة (الإيجاب والقبول)، والمعقود عليه (الأجرة والمنفعة).

والحنفية حصروا أركانها في الإيجاب والقبول[1].

الركن الأول: العاقدان.

فالبنسبة للعاقدين يشترط فيهما: العقل بلا خلاف، والبلوغ على خلاف وتفصيل ليس هذا محله. وخلاصته: أن الجمهور أجازوا للصغير المميز إنشاء عقد الإجارة بإذن وليه أو وصيه على تفصيل بينهم خلافاً للشافعية والظاهرية وأن الراجح قول الجمهور[2]، وكذلك اشترط الجمهور عدم إكراه أحد العاقدين واشترط الحنفية للنفاذ ألا يكون العاقد مرتداً[3]، ولكن من له الولاية على المحجور عليه ينفذ تصرفه عليه بالتأجير، أو على ماله لوجود الإنابة من الشرع، وإذا بلغ الصبي قبل انتهاء المدة ففي لزوم العقد رأيان:

---

(١) هذا هو منهج الحنفية مع بقية العقود، ومع أنهم لم ينكروا بقية الأركان، لكنهم عند الذكر ذكروهما فقط، باعتبار أن الإيجاب يلزم منه وجود الموجب، والقبول وجود القابل، وأن الإيجاب والقبول لا بدّ من تعلقهما بشيء وهو المعقود عليه، لكن هذا المنهج كما حققناه في مبدأ الرضا في العقود (١/ ١٢٩)، وما بعدها له دلالة على أهمية العبارة حتى تكاد تكون هي الوحيدة، وترتبت على ذلك آثار معنوية، ولم يكن الخلاف مجرد خلاف لفظي أو اصطلاحي حتى لا يكون فيه مشاحة.

(٢) يراجع للتفصيل: مبدأ الرضا في العقود للدكتور على القره داغي، ط دار البشائر ببيروت، ومصادره المعتمدة (١/ ٢٧٤ ـ ٢٨٥)، ويراجع في باب الإجارة: بدائع الصنائع (٥/ ٢٦٥٧)؛ وشرح الخرشي (٧/ ٢)؛ والروضة (٥/ ١٧٣)؛ والمغني لابن قدامة (٥/ ٤٣٤)؛ وحاشية الدسوقي (٤/ ٢)؛ وعقد الجواهر الثمينة (٢/ ٨٣٥).

(٣) المغني لابن قدامة (٥/ ٤٣٤)؛ والروضة (٥/ ١٧٣).

الأوَّل: يبقى لازماً، لأنه عقد لازم عقد بحق الولاية فلا يبطل.

والثَّاني: له الحق في إلغائه[1].

الركن الثَّاني ـ الصيغة:

عرف صاحب اللباب صيغة الإجارة فقال: (هي لفظ، أو ما يقوم مقامه، يدل على تمليك المنفعة بعوض)[2]، وقد أطال الفقهاء النفس فيها ولا سيما في الألفاظ التي تنعقد بها الإجارة مثل لفظ الإجارة والكراء، حيث تنعقد بهما دون خلاف، وهل تنعقد بلفظ البيع؟ فيه خلاف[3].

فجمهور الفقهاء على أن الإجارة تنعقد بأي لفظ دال على المقصود بالإجارة؛ لأن العبرة في العقود بالمقصود والمعاني لا بالألفاظ والمباني، ولذلك تنعقد بـ(وهبت منافعها لك شهرياً بألف درهم)، و(بعتها لك لمدة شهر بمائة درهم)، أو نحو ذلك مما يفهم منه بوضوح حسب العرف السائد معنى الإجارة ومقصدها[4].

وكذلك تنعقد بالكتابة، وبالإشارة المفهومة بالنسبة للأخرس بالاتفاق، ولغيره على الراجح، وكذلك تنعقد بالبذل والمعاطاة عند الجمهور، مثل لو دفع ثوبه إلى خياط ليخيطه، ففعل، ولم يتكلم أحدهما بشيء، فالإجارة صحيحة مادام ذلك معروفاً بالعرف، ويكون له أجرة المثل عند البعض، أما لو تكلّم أحدهما فذكر الصيغة الدالة على المطلوب وسكت الآخر فإن العقد

---

(١) يراجع: بدائع الصنائع (٥/ ٢٥٦٤)؛ والشرح الصغير (٤/ ١٨١ ـ ١٨٢)؛ والمهذب (١/ ٤٠٧)؛ والمغني لابن قدامة (٥/ ٤٧٠ ـ ٤٧١).

(٢) مواهب الجليل (٧/ ٤٩٤).

(٣) يراجع: الفتاوى الهندية (٤/ ٤١٠)؛ والموسوعة الفقهية الكويتية (١/ ٢٥٨)؛ ويراجع لموضع الإكراه: مبدأ الرضا في العقود (١/ ٤١٠)، وما بعدها.

(٤) يراجع لمزيد من التفصيل في الألفاظ ومبانيها: مبدأ الرضا في العقود (٢/ ٨٣٧ ـ ٩١٦).

صحيح، ويكون له المسمى[1].

ثمَّ إن الصيغة يعبر عنها بالإيجاب والقبول، فالإيجاب عند الجمهور هو التعبير الصادر عن المؤجر، وعند الحنفية هو الصادر عن الأوَّل، والقبول هو التعبير الصادر عن المستأجر، وعند الحنفية هو الصادر عن الثَّاني[2].

شروط صيغة الإجارة:

١ ـ تنجُّزُ الإجارة (عدم التعليق والإضافة):

الأصل في الإجارة أن تكون منجَّزة وأنه لا خلاف بين الفقهاء في أن الإجارة لا تصح مع التعليق على مستقبل مجهول، مثل أن يقول: إن جاء فلان فقد أجرتك بيتي، أو إن حصلت على كذا فقد أجرتك بيتي، أو نحو ذلك.

أما إذا كان التعليق من قبيل تعليق الحط من الأجر على عمل معين فلا يضر عند الكثير من الفقهاء، مثل أن يقول لخياط: إن خطت هذا الثوب اليوم فأجرتك درهم، أو غداً فنصف درهم فهذا جائز عندهم[3].

وأما إضافة العقد إلى المستقبل فيختلف حكمها من إجارة واردة على العين إلى إجارة واردة على الذمة، فالإجارة الواردة على العين يجوز إضافتها إلى المستقبل بأن يقول: أجرتك هذه الدار في بداية الشهر القادم، فهذا جائز عند جماهير الفقهاء خلافاً للشافعية إلَّا إذا كانت يسيرة جدًّا كأن تعقد الإجارة

---

(١) الفتاوى الهندية (٤/ ٤٠٩)؛ ومواهب الجليل (٥/ ٣٩٠)؛ والروضة (٥/ ١٧٣)؛ والمغني (٥/ ٤٣٤)؛ ويراجع لتفصيل ذلك: مبدأ الرضا في العقود (٢/ ٩١٧ ـ ٩٩٤).

(٢) يراجع: فتح القدير مع شرح العناية (٥/ ٧٤)؛ والفتاوى الهندية؛ ومواهب الجليل (٤/ ٢٢٨)؛ والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/ ٤)؛ والمجموع للنوي (٩/ ١٦٢)؛ والغاية القصوى (١/ ٤٥٧)؛ والإنصاف (٤/ ٢٦٠)؛ ومبدأ الرضا في العقود (١/ ١٢٦).

(٣) الكافي (٢/ ٢٩٢)؛ ومطالب أولي النهى (٣/ ٧٧)؛ ونهاية المحتاج (٥/ ٢٥٩)؛ وبدائع الصنائع (٥/ ٢٥٨٦).

ليلاً لمنفعة النهار التالي فيجوز، أو كانت مستأجرة ممن هي في إجارته، على أحد القولين[1].

وأما الإجارة الواردة على الذمة فيجوز إضافتها إلى المستقبل حتى عند الشافعية.

جاء في روضة الطالبين: (أما إجارة العين فلا يصح إيرادها على المستقبل كإجارة الدار السنة المستقبلة، والشهر الآتي، وكذا إذا قال: أجرتك سنة أولها من غد، ولو قال: أجرتك سنة، فإذا انقضت أجرتك سنة أخرى فالعقد الثَّاني باطل على الصحيح كما لو قال: إذا جاء رأس الشهر فقد أجرتك شهراً.

وأما الواردة على الذمة فيحتمل فيها التأجيل والتأخير كما إذا قال: ألزمت ذمتك حملي إلى موضع كذا على دابة صفتها كذا غداً أو غرة شهر كذا. . . وإن أطلق كانت حالة)[2].

وهذه التفرقة من الشافعية ليس لها ما يبررها؛ لأن إجارة الذمة أيضاً واردة على العين الموصوفة في الذمة، أي: على منفعتها، فكلتا الإجارتين واردة على المنفعة.

وجاء في المغني: (ولا يشترط في مدة الإجارة أن تلي العقد، بل لو أجره سنة خمس وهما في سنة ثلاث، أو شهر رجب في المحرم صح)[3].

ومنتهى دليل الشافعية القياس على البيع، وهو منقوض بجواز التأجيل

---

(١) الروضة (٥/ ١٨٢)؛ وحاشية القليوبي وعميرة على شرح المحلى (٣/ ٧١)، حيث جاء فيه: (ويجوز تأجيل المنفعة في إجارة الذمة إلى مكة أول شهر كذا، ولا تجوز إجارة عين لمنفعة مستقبلة، فلو أجر السنة الثَّانية لمستأجر الأولى قبل انقضائها جاز في الأصح).

(٢) الروضة (٥/ ١٨٢).

(٣) المغني لابن قدامة (٥/ ٤٣٦)؛ والفتاوى الهندية (٤/ ٤١٠)؛ والشرح الصغير (٤/ ٣٠).

في الإجارة الواردة على الذمة، كما أنه قياس مع الفارق حيث إن البيع نقل للملكية بالكامل في حين أن الإجارة لا تؤدي إلى ذلك بل تبقى الرقبة ملكاً للمؤجر فلا تقاس عليه.

واستدلّ الجمهور بقوله تعالى في قصة استئجار موسى عليه السَّلام: ﴿عَلَىٰٓ أَن تَأۡجُرَنِي ثَمَٰنِيَ حِجَجٖ﴾[1]، وشرع من قبلنا شرعٌ لنا ما لم يرد ناسخ، ولأن هذه مدة يجوز العقد عليها مع غيرها فجاز العقد عليها مفردة مع عموم الناس، كالتي تلي العقد، وإنما يشترط القدرة على التسليم عند وجوب التسليم كالمسلَم فيه[2].

وذلك لأن طبيعة عقد الإجارة تختلف عن البيع من حيث الآثار ـ كما ذكرنا ـ حيث هي مرتبة بزمن محدد، لذلك لا تتعارض مع تأخير بدء الاستيفاء عن إجراء العقد.

٢ ـ موافقة القبول للإيجاب في جميع جزئياته بأن يقبل ما أوجبه الطَّرف الأوَّل، وإلا فإن غير فيعتبر إيجاباً جديداً يحتاج إلى قبول الآخر، فلو قال: أجرتك شهريًّا بألف، فقال المستأجر: قبلته بخمسمائة، لم ينعقد العقد إلَّا إذا كان داخلاً في قوله وراضياً به بطريق أولى، مثل أن يقول: أجرتك بألف فقال: قبلت بألف وخمسمائة أو نحو ذلك فهذا جائز؛ لأن الألف داخل في الألف وخمسمائة، ولأنه راضٍ به بطريق أولى[3].

٣ ـ اتصال القبول بالإيجاب في مجلس العقد؛ لأنه جامع المتفرعات إذا كانا حاضرين، أو في مجلس العلم إن كانا غائبين، وهناك تفاصيل حول هذه المسالة تذكر في نظرية العقد[4].

---

(١) سورة القصص: الآية ٢٧.
(٢) المغني لابن قدامة (٥/ ٤٣٦).
(٣) يراجع للتفصيل في ذلك: مبدأ الرضا في العقود، دراسة مقارنة (٢/ ١٠٢١، ١٠٧٥، ١٠٩٥).
(٤) مبدأ الرضا في العقود (٢/ ١٠٧٦).

والإجارة تنعقد بالكتابة، وبإشارة المعذور كما تنعقد باللفظ الدال على المطلوب، وكذلك تنعقد بالبذل والطاعة كالركوب في باخرة المسافرين، وسيارات الأجرة دون تلفظ من أحد العاقدين، فإن كانت الأجرة معلومة أعطيت، وإلا فأجرة المثل[١].

وكذلك تنعقد بالسكوت كأن يقول المؤجر، أجرتك داري بمائة فسكت المستأجر سكوتاً يفهم منه الموافقة أو قال: لا بل بثمانين ديناراً فسكت المؤجر تم العقد[٢].

وتنعقد كذلك إجارة الفضولي عند من يجيز عقوده، موقوفة على إجازة من بيده حق التصرُّف[٣].

الركن الثَّالث ـ المعقود عليه:

ورد عن بعض فقهاء الشافعية أن محل الإجارة: الأعيان المعينة، أو الموصوفة في الذمة أو الأشخاص[٤]، وذلك لبيان مرجع المنفعة وإلَّا فإن الإجارة لا تقع إلَّا على المنفعة، فهي هدفها الأساسي ومقصدها الأصلي، ولكن بما أن هذه المنفعة لا بدّ لها من محل يتعلق بها من عين معينة، أو موصوفة في الذمة، أو الشخص فقد يعبر عنها بمحلها ومتعلقها، ولذلك فما يقال من أن محل الإجارة على الأشخاص العمل لا يتعارض مع ما ذكرنا؛ لأن العمل أيضاً

---

(١) انظر: المادة (٤٣٧) من مجلة الأحكام العدلية، ط شعاركو (ص٨٤).

(٢) انظر: المادة (٤٣٨) من المجلة؛ ويراجع: مبدأ الرضا في العقود (٢/ ٩٦٥)، وما بعدها.

(٣) المادة (٤٦١) من المجلة، ويراجع: مبدأ الرضا في العقود (١/ ١٥٢).

(٤) قال في المغني (٥/ ٤٣٤): (إن المعقود عليه المنافع، وهذا قول أكثر أهل العلم منهم: مالك وأبوحنيفة، وأكثر أصحاب الشافعي، وذكر بعضهم أن المعقود عليه العين؛ لأنها الموجودة والعقد يضاف إليها فيقول: أجرتك داري كما يقول بعتكها).

هو المنفعة والأثر الناتج عن الشخص، ومن هنا فالمنفعة هي المقصود الأساسي من العقد، وهي مع الأجرة التي هي عوض عن المنفعة طرفا المعقود عليه، جاء في حاشية القليوبي تعليقاً على قول النووي: واردة على عين: أي: على منفعة متعلقة بعين، قال الشيخان: (الخلاف لفظي. . .)[١].

الأجرة والمنفعة من حيث الشروط وغيرها

ونحن هنا نتحدث بإيجاز عما يتعلق بالأجرة والمنفعة من حيث الشروط وغيرها في مبحثين:

المبحث الأوّل: الأجرة

القاعدة العامة هنا هي: أن كل ما صحَّ أن يكون ثمناً في البيع صحَّ أن يكون أجرة في الإجارات[٢] سواء كان نقداً (دراهم، ودنانير)، أو عيناً، أو منفعة، ولذلك اشترط الجمهور في الأجرة ما اشترط في الثمن[٣].

قال الرافعي والنووي: (يجوز أن تكون الأجرة منفعة سواء اتفق الجنس كما إذا أجر داراً بمنفعة دار، أو اختلف بأن أجرها بمنفعة شخص، ولا ربا في المنافع أصلاً حتى لو أجر داراً بمنفعة دارين، أو أجر حلي ذهب بذهب جاز، ولا يشترط القبض في المجلس)[٤]، ومنع الحنفية أن تكون الأجرة منافع[٥].

---

(١) حاشية القليوبي على شرح المحلى على المنهاج (٣/ ٦٨).

(٢) الذخيرة حيث ذكر هذه الكلية وأسندها إلى الأئمة دون خلاف (٥/ ٣٧٦)؛ والروضة (٥/ ١٧٦)؛ والمغني لابن قدامة (٥/ ٤٤١)؛ والبدائع (٦/ ٢٦٠٦).

(٣) التاج والإكليل لمختصر خليل بهامش مواهب الجليل، ط دار الكتب العلمية ببيروت (٧/ ٤٩٤)؛ والفتاوى الهندية (٤/ ٤١٢)؛ وبدائع الصنائع (٦/ ٢٦٠٦)؛ ونهاية المحتاج (٥/ ٣٢٢)؛ والمغني لابن قدامة (٥/ ٤٤٠ ـ ٤٤١).

(٤) الروضة (٥/ ١٧٦).

(٥) بدائع الصنائع (٦/ ٢٦٠٨).

الأجرة بجزء شائع من الإنتاج أو من الشيء نفسه:

وقد أجاز المالكية أن تكون الأجرة من نفس الشيء الذي يعمل فيه الأجير مثل أن يستأجره لطحن إردب بدرهم وقفيز من دقيقه، ولعصر الزيتون بنصف الناتج؛ لأنهما لا يختلفان بعد العصر، ولجواز بيع نصفها كذلك، فإن كان يختلف امتنع، قال القرافي: (وتمتنع الإجارة على سَلَم الشاة بشيء من لحمها لأنه مجهول قبل السلخ...)، وعن أبي الحسن: إذا دبغ جلوداً بنصفها قبل الدباغ على أن يدفعها كلها، فإن فاتت بالدباغ فعلى الدباغ نصف قيمتها يوم قبضها، وله أجرة المثل في النصف الآخر لحصول العمل، وإن دبغها بنصفها بعد الدباغ فدبغت فهي كلها لربها، لفساد العقد بسبب الجهالة المدبوغ، وللدباغ أجرة مثله...

ويجوز على قول أشهب الإجارة على الذبح، أو السلخ برطل لحم، لأنه يجوز بيع ذلك اعتماداً على الجنس[1].

تعليق الأجرة على أحد الأمرين، أو النسبة:

وأجاز بعض الحنفية بعض صورها مثل أن يدفع إلى الحائك غزلاً ينسجه بالنصف حيث أجازه مشايخ بلخ[2]، وتوسع الحنابلة في ذلك إذا كان بجزء شائع[3]، ومنعه الشافعية وجمهور الحنفية[4].

ومنع المالكية أن تكون الأجرة مترددة بين أمرين بأن يقول إن خطته اليوم فبدرهم، أو غداً فبنصف درهم، أو خياطة رومية فبدرهم، أو عربية فنصف درهم؛ لأنه كبيعتين في بيعة، فإن خاط فله أجرة مثله لفساد العقد، وقيد بعضهم

---

(١) الذخيرة للقرافي (٥/ ٣٧٦ ـ ٣٧٧).
(٢) الفتاوى الهندية (٤/ ٤٤٥).
(٣) المغني لابن قدامة (٥/ ٤٤٢).
(٤) الروضة (٥/ ١٧٦)؛ والفتاوى الهندية (٤/ ٤٤٥).

بأن لا تزيد على المسمى، وعن مالك في أجراء يخيطون مشاهرة فيدفع لأحدهم الثوب على إن خاطه اليوم فله بقيمة يومه، وإلا فعليه تمامه في يوم آخر، ولا يحسب له في الشهر: يجوز في اليسير الذي لو اجتهد فيه لأتمه، ويمتنع في الكثير، ولو استأجره على تبليغ كتابه إلى بلده ثمَّ قال بعد الإجارة: إن بلغته في يوم كذا فلك زيادة كذا، فكرهه، واستحسنه في الخياطة بعد العقد، قال ابن مسعدة: هما سواء، وقد أجازهما سحنون وكرههما غيره.

وأما الحنفية فلديهم خلاف وتفصيل في هذه المسألة، حيث ذهب أبوحنيفة ـ رحمه الله ـ إلى أن الشرط الأوَّل (اليوم) صحيح، والثَّاني (غداً) فاسد حتى لو خاطه اليوم فله درهم، وإن خاطه غداً فله أجر مثله، وقال أبو يوسف: الشرطان جائزان، وقال زفر: الشرطان باطلان[1].

إذن في المسألة أربعة مذاهب:

المذهب الأوَّل: العقد فاسد، والشرط باطل وهو رأي المالكية ـ على التفصيل السابق ـ والشافعية، وزفر[2].

والمذهب الثَّاني: العقد صحيح، والشرطان صحيحان، وهو رأي الصاحبين وأحمد في رواية[3].

المذهب الثَّالث: الشرط الأوَّل صحيح، والثَّاني فاسد، وله أجر مثله، وهو رأي أبي حنيفة في ظاهر الرواية[4].

المذهب الرَّابع: مثل الرأي الثَّالث، ولكن في اليوم الثَّاني له أجر مثله لا يزداد على نصف درهم، وهو إحدى روايتي ابن سماعة في نوادره، عن

---

(١) بدائع الصنائع (٥/ ٢٥٨٤).
(٢) الذخيرة (٥/ ٣٧٧)؛ والروضة (٥/ ١٧٥)؛ والبدائع (٥/ ٢٥٨٥).
(٣) بدائع الصنائع (٥/ ٢٥٨٥).
(٤) البدائع (٥/ ٢٥٨٤)؛ والكافي لابن قدامة (٢/ ٣٩٢)؛ والمغني لابن قدامة.

أبي يوسف، وأبي حنيفة[1].

وحجة القائلين بفساد العقد تكمن في أن ذلك يدخل في اجتماع شرطين في العقد، أو صفقتين في صفقة واحدة، وهذا منهي عنه.

ولكن التحقيق أن المراد بهما هو اجتماع السلف مع البيع أو الإجارة[2].

وأما حجة القائلين بالجواز هو أن هذا الشرط، أو الشرطين ليس فيه، أو فيهما مخالفة لنص من الكتاب والسُّنَّة، ولا لمقتضى العقد، ولا يؤدي ذلك إلى غرر، وجهالة تؤدي إلى نزاع، لذلك؛ فالراجح هو المذهب الثَّاني، لما ذكرنا، ولأن الأصل في الشروط الصحة إلَّا إذا دل دليل على فسادها، ولا دليل هنا على ذلك، بل يحقق غرضاً مشروعاً، وقد ذكر الكاساني أن العاقد سمى في اليوم الأوَّل عملاً معلوماً، وبدلاً معلوماً، وكذلك في اليوم الثَّاني، فلا معنى إذن لفساد الشرط فضلاً عن فساد العقد[3]، ولأنه سمى لكل عمل عوضاً معلوماً كما لو قال: كل دلو بثمر، إضافة إلى أن التعجيل والتأخير مقصودان فينزل منزلة اختلاف النوعين[4].

وأجاز مالك أن تكون الأجرة الكسوة بأن يستأجره على أن يكسوه أجلاً معلوماً، وبالمقايضة بأن يدفع خمسين جلداً على أن تدبغ خمسين أخرى مثلاً، ولم يجيزوا الكراء بمثل ما يتكارى الناس للجهالة، ولا إكراء الدابة بنصف الكراء. وإذا عمل فله أجرة مثله، وأجازه يحيى بن سعيد، وكذلك أجاز أن يقول: احتطب على الدابة، ولي نصف الحطب، أو لي نقلة، ولك

---

(١) المصدر السابق نفسه.

(٢) يراجع للتفصيل في معاني الأحاديث الواردة في هذا المجال بحثنا المنشور في مجلة مركز بحوث السنة والسيرة بعنوان: أحاديث النهي عن صفقتين في صفقة واحدة فقهها وتخريجها.

(٣) البدائع (٥/ ٢٥٨٥).

(٤) العناية شرح الهداية (٧/ ١٣١).

نقلة (والأخيرة أجازها الجميع لأن مقدار النقلة معلوم عادة، ومقدار الحطب يختلف)، وجوز ابن القاسم: اعمل عليها اليوم لي، وغداً لك، وأجاز أشهب: احمل طعاماً إلى موضع كذا ولك نصفه، وأجازوا كذلك أن تختلف الأجرة من شهر أو يوم إلى آخر بأن تكون أجرته في الشهر الأوَّل خمسة، وفي الثَّاني ستة أو بالعكس[1].

عدم تسمية الأجرة، ثمَّ التراضي:

أجاز مالك في رواية لابن يونس عنه عدم ذكر الأجرة في العقد، ثمَّ إرضاء الأجير[2]، وهذا مبني على العرف، وعلى أن الأساس هو التراضي.

والخلاصة:

أن الشرط الأساسي في الأجرة هو أن تكون معلومة علماً يدرأ جهالة مؤدية إلى النزاع من خلال التعيين، أو الوصف ببيان الجنس، والنوع والقدر، وذلك للأحاديث الواردة في نفي الغرر والجهالة[3].

المبحث الثَّاني: المنفعة

ويشترط في المنفعة التي تكون محلًّا للإجارة الشروط الآتية:

* ١ ـ أن تكون معلومة علماً تندفع به الجهالة المؤدية إلى النزاع.

وذلك ببيان محل المنفعة، وببيان مدتها، إلَّا إذا كانت الإجارة مرتبطة بإنهاء عمل، وببيان العمل في استئجار الصناع والعمال، وهناك تفاصيل تخص إجارة الأعيان والمنافع لا يسع البحث لذكرها هنا[4].

---

(١) الذخيرة (٥/ ٣٨٥).

(٢) الذخيرة (٥/ ٣٨٧)؛ ومواهب الجليل (٧/ ٤٩٤).

(٣) يراجع السنن الكبرى للبيهقي (٦/ ١٢٠ ـ ١٢١).

(٤) يراجع للمزيد: بدائع الصنائع (٥/ ٢٥٦٩)؛ والذخيرة (٥/ ٤١٥)؛ والروضة (٥/ ١٨٨)، والمغني (٥/ ٤٦٢).

إجارة المجهول للحاجة (أو الإجارة بالنسبة المئوية):

ذكر ابن رشد أن طائفة من السلف، وأهل الظاهر ذهبوا إلى جواز إجارة المجهولات مثل أن يعطي دابته لمن يسقي عليها بنصف ما يعود عليه قياساً على المضاربة[1]، وهذا مذهب أحمد وابن سيرين، وإليه مال البخاري[2].

*** ٢ ـ أن تكون المنفعة متقومة:**

أي: أن تكون لها قيمة مقصودة حسب العرف، فلا تصح إجارة التافه الحقير الذي لا يقابل بالمال، وذكر بعض الفقهاء من أمثلتها استئجار تفاحة للشم[3].

*** ٣ ـ أن تكون مباحة الاستيفاء:**

فلا تكون معصية ممنوعة ولا طاعة واجبة، وهذا الشرط فيه تفصيل وخلاف[4].

*** ٤ ـ أن تكون مقدورة الاستيفاء حقيقة وشرعاً:**

فلا تصح إجارة المغصوب من غير الغاصب[5].

---

(١) بداية المجتهد (٢/ ٣٧١).

(٢) المغني لابن قدامة (٥/ ٤٤٦)؛ وصحيح البخاري ـ مع الفتح ـ (٤/ ٤٥١).

(٣) يراجع: الفتاوى الهندية (٤/ ٤١١)؛ والذخيرة (٥/ ٤٠٠)؛ والروضة (٥/ ١٧٧)؛ والمغني لابن قدامة (٥/ ٤٣٣).

(٤) يراجع: بدائع الصنائع (٥/ ٢٥٦١)؛ ومواهب الجليل (٧/ ٥٤٨)؛ والذخيرة (٥/ ٣٩٦)؛ وروضة الطالبين (٥/ ١٨٤)؛ والمغني (٥/ ٥٤٩).

(٥) المصادر السابقة نفسها.

* ٥ ـ أن لا تستهلك العين المؤجرة بالإجارة مثل الطعام[١].

والتحقيق: أن الإجارة بالنسب المئوية مثل ١٠٪ من شيء معلوم مثل ١٠٪ من رأس مال العقار المعين لا تعتبر مجهولة، وإنما تكون مجهولة إذا كانت النسبة من شيء غير معلوم وقت التعاقد، فإن انتهت إلى أجرة معلومة فهذا جائز في الإجارة، وإلّا فتكون موغلة في الجهالة والغرر فلا يجوز.

بطلان عقد الإجارة وفساده:

من المعلوم فقهاً أن الحنفية فرقوا بين الباطل والفاسد، فقالوا: الباطل ما كان الخلل في أصله (أي: ركنه)، والفاسد ما كان الخلل في وصفه (أي: شرطه)، لكن الجمهور لم يفرقوا بينهما فإذا اختلّت الأركان أو الشروط، أو كلاهما فإن الإجارة تصبح باطلة أو فاسدة[٢].

الخيارات في عقد الإجارة:

بما أن عقد الإجارة من المعاوضات المالية الملزمة للطرفين فيَرِدُ عليها عدد من الخيارات مثل خيار المجلس عند الشافعية والحنابلة خلافاً للحنفية والمالكية[٣].

ومنها: خيار الشرط لزمن اختلف فيه الفقهاء بين محدد بثلاثة أيام، أوشهرين أو أكثر بحيث يكون للشارط حق الخيار في المدة المتفق عليها ويكون العقد غير ملزم بالنسبة له خلال تلك المدة، ثمَّ إذا لم يفسخ العقد،

---

(١) الفتاوى الهندية (٤/ ٤١١)؛ ومواهب الجليل (٧/ ٤٤٨)؛ والروضة (٥/ ١٨٤)؛ والمغني (٥/ ٥٥٢).

(٢) يراجع لمزيد من التفصيل: مبدأ الرضا في العقود للدكتور علي القره داغي (١/ ١٥٥ ـ ١٧٧)، ومصادره المعتمدة.

(٣) يراجع: فتح القدير (٥/ ٨١)؛ وشرح الخرشي (٤/ ١٠٩)؛ والمجموع (٩/ ١٨٤)؛ والمغني (٣/ ٥٦٣).

أو انتفع المستأجر بالعين، أو تصرَّف المؤجر تصرفاً دالًّا على الرضا بالعقد يصبح العقد باتاً ملزماً[1].

ومنها: خيار العيب، حيث يكون للعاقد الحق في الفسخ إذا وجد في المأجور عيباً تنتقص به المنفعة المقصودة في الإجارة[2].

ومنه خيار الرؤية، وهو يثبت لمن لم ير الشيء المعقود عليه عند من يقول به (وهم جمهور الفقهاء)، وعند بعضهم إذا وصفه بأوصافه ثمَّ وجد عليها فلا خيار له[3].

إيجار المستأجر العين المستأجرة لآخر بعد القبض وقبله:

هناك تفصيل وخلاف، ولكن الجمهور على جواز ذلك سواء أكانت الأجرة في العقد الثَّاني أكثر من الأجرة في العقد الأوَّل أم أقل ما دامت العين المؤجرة قد قبضت[4]، وأن محل الإجارة لم يكن مستأجراً، أما إذا كان مستأجراً فلا يجوز إلَّا بعد فسخ عقد الإجارة، ثمَّ التأجير للآخر، أو للشخص المستأجر نفسه.

واستثناء من الشرط الأوَّل (القبض) أجاز المالكية، ووجه للشافعية، ووجه للحنابلة، جواز التصرُّف في العين المستاجرة قبل القبض بإيجارها

---

(١) يراجع: فتح القدير (٥/ ١١٠)؛ وشرح الخرشي (٤/ ١٩)؛ والمجموع (٩/ ٢٢٥)؛ والمغني (٤/ ٥٢٠).

(٢) يراجع: الفتاوى الهندية (٣/ ٧٢ ـ ٧٣)؛ وتكملة المجموع (١٢/ ١٧٥)؛ والمبسوط (١٣/ ١٠٥)؛ وبداية المجتهد (٢/ ١٧٥)؛ ويراجع للتفصيل: الخيار وأثره في العقود للدكتور عبد الستار أبوغدة، ط دلة البركة (ص١٩٢)؛ وتراجع المجلة في موادها (٤٩٧ ـ ٥٠٦).

(٣) يراجع: فتح القدير (٥/ ١٣٧)؛ وحاشية الدسوقي (٣/ ٢٧)؛ والمجموع (٩/ ٣٣٠)؛ والمغني (٣/ ٤٩٤)؛ ود. عبد الستار أبو غدة. المرجع السابق (ص٤٩٣).

(٤) الفتاوى الهندية (٤/ ٤٢٥)؛ والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٤/ ٧)؛ والمهذب (١/ ٤٠٣)؛ والمغني (٥/ ٤٧٨).

لآخر مطلقاً، وقيد الحنفية ذلك بالعقار دون المنقول[1].

الضمان في الإجارة:

يكاد الفقهاء يتفقون على أن يد المستأجر على العين المستأجرة في إجارة الأعيان يد أمانة، لا يد ضمان، فلا يضمن إلَّا بالتعدي أو التقصير، أو مخالفة الشروط، أوالعرف[2].

وأما الإجارة على الأعمال فالأجير المشترك ضامن عند جماعة من الفقهاء، والأجير الخاص غير ضامن عند الجمهور إلَّا في حالات التعدي أو التقصير أو المخالفة[3].



(١) حاشية ابن عابدين (٥/ ٥٦)؛ وحاشية الدسوقي (٤/ ٨٠٧)؛ والمصادر السابقة.

(٢) بدائع الصنائع (٦/ ٢٦٤٤)؛ والذخيرة (٥/ ٥٠٢)؛ والروضة (٥/ ٢٢٦)؛ والمغني لابن قدامة (٥/ ٥٢٥).

(٣) يراجع للتفصيل والخلاف: بدائع الصنائع (٦/ ٢٦٤٤)؛ والدسوقي على الشرح الكبير (٤/ ٨١)؛ والروضة (٥/ ٢٢٨)؛ والمغني (٥/ ٥٢٧)؛ والفتاوى الهندية (٤/ ٤١٠)؛ والذخيرة (٥/ ٥٠٢).

القسم الثَّالث

الإجارة المنتهية بالتمليك

تعريفات:

يستعمل هذا المصطلح وكذلك مصطلح: (الإجارة مع الوعد بالتمليك)، و(الإجارة التمليكية)، و(التأجير المنتهي بالتمليك) فالكل بمعنى واحد وهو: **أن يتفق الطَّرفان على إجارة شيء لمدة معينة بأجرة معلومة قد تزيد على أجرة المثل، على أن تنتهي بتمليك العين المؤجر للمستأجر.**

ومع أنه لا مُشاحَةَ في الاصطلاح فإنني أُفضل مصطلح «الإجارة مع الوعد بالتمليك أو التملك» لأنه الأدق، بل الأكثر دقة في التعبير عن واقع هذا العقد.

وهو كما ترى يشبه بيع التقسيط من حيث المقصد الخاص للمتعاقدين ولكنه مختلف عنه تماماً؛ لأنه يتكون من عقد الإجارة مع الوعد بالبيع أو الهبة، كما أنه لا يلاحظ في بيع التقسيط أيُّ تناسب مع قيمة الإيجار شهرياً أو سنوياً، وإنما ينظر إلى توزيع الثمن على الوقت المحدد، كما أنه يختلف عن الإجارة العادية (التشغيلية) التي لا يقصد منها التمليك ولكنه متفق معها في الأسس العامة ـ ضوابطها وشروطها ـ[1]، فهي صيغة استثمارية

---

(١) ذكره القانونيون باسم (الإيجار الساتر للبيع) أو البيع التجاري أو الإيجار المملِّك. ويراجع لتفصيل ذلك: الوسيط للدكتور السنهوري (٤/ ١٧٧)؛ والبيع بالتقسيط والبيوع الائتمانية الأخرى للدكتور إبراهيم دسوقي أبو الليل، ط جامعة الكويت ١٩٨٤م (ص٣٠٣)، وما بعدها؛ وبحوث مجمع الفقه في دورته الخامسة المطبوعة في مجلته، العدد الخامس (٤/ ٢٥٩٥)، وما بعدها.

معاصرة تتلاءم مع التطوير الاقتصادي في العالم، وطورتها البنوك الإسلامية، وبالأخص بنك التنمية الإسلامي في تعامله مع الدول الإسلامية، واقتضاها التنوع في التمويل الاستثماري لتلبية حاجات المتعاملين مع البنوك الإسلامية من المستثمرين والأفراد الراغبين في التملك وغير القادرين على الشراء مباشرة مع الحفاظ على حقوق البنوك الإسلامية.

وهو صيغة لا يقصد بها الاستمرار في عقد الإجارة، أو عودة العين المؤجرة إلى المؤجِّر بعد انتهاء المدة المتفق عليها ـ كما هو الحال في عقد الإجارة العادية ـ وإنما يراد من خلالها تملك المستأجر العين المؤجرة بعد مدة الإجارة مباشرة، أو من خلال تملكه نسبة شائعة منها شهرياً أو سنوياً (بالتدريج) فتطفأ الحصص في آخر المدة المتفق عليها، ويصاغ ذلك من خلال اتفاقية مسبقة تتضمن هذا العقد مع وعد بالبيع، أو الهبة في آخر المدة.

ونحن هنا نذكر معظم الصور المتاحة لنا واحدة واحدة مع تكييفها الشرعي، والقانوني، ثمَّ ما يرد عليها من إشكالات أو شبهات لمناقشاتها، للوصول إلى الرأي الراجح الذي يدعمه الدليل، ثمَّ نذكر بعض العقود المطبقة في بعض البنوك الإسلامية، ثمَّ نختم هذا المبحث بالبدائل الممكنة المحققة لمثل هذه الأغراض المنشودة بعد الإجارة المنتهية بالتمليك[1].

نبذة تاريخية:

تعود فكرة البيع الإيجاري (الإيجار المنتهي بالتمليك) إلى القانون الإنجليزي حيث لجأ أحد التجار بإنجلترا إلى هذه الطريقة المعروفة في القانون الإنجلو أمريكي باسم (Hir-Pur chass) قاصداً رواج مبيعاته بتشجيع عملائه على الشراء بالتقسيط مع وجود ضمان كافٍ للتاجر نفسه حيث تبقى ملكيته

---

(١) عزّ الدِّين خوجة: أدوات الاستثمار الإسلامي، ط دلة البركة (ص٨٤)؛ ود. محمد عثمان شبير: مرجع سابق (ص٢٨٠)؛ ود. حسن الشاذلي: الإيجار المنتهي بالتمليك، بحث مقدم إلى مجمع الفقه الإسلامي في دورته الخامسة، ١٤٠٩هـ.

للعين، ثمَّ ما لبث هذه الطريقة أن انتشرت نتيجة إنتاج الصناعات الكثيرة فلجأ إليها العديد من المصانع الكبيرة لتسويق مصنوعاتها مثل مصنع (سنجر) حيث كان يتعامل مع عملائه عن طريق عقد إيجار يتضمن إمكانية تملك الآلات المؤجرة بعد تمام سداد مبلغ معين يمثل في حقيقته ثمناً لها، ثمَّ تطور هذا العقد عن طريق مؤسسات السكك الحديدية التي كانت تشتري مكائن خاصة لمناجم الفحم من خلال البيع الإيجاري[(١)]، ثمَّ تزايد انتشار هذا العقد مما دفع بالمشرعين إلى تنظيمه بنصوص قانونية، وذلك منذ بداية القرن العشرين.

وقد تناوله فقهاء القانون تحت مسميات الإيجار الساتر للبيع، أو البيع الإيجاري، أو الإيجار المملِّك، وذلك عند شرحهم للمواد القانونية الخاصة به مثل المادة (٤٣٠) من القانون المدني المصري، والمادة (٣٩٨) من القانون المدني السوري، والمادة (٤١٩) من القانون المدني الليبي، والمادة (٥٣٤) من القانون المدني العراقي، والمادة (١٤٠) من القانون المدني الكويتي[(٢)].

عقد البيع الإيجاري (الليزنج):

وقد تطوّر الإيجار الساتر، أو البيع الإيجاري في القانون الأنجلو أمريكي عندما دخلت المؤسسات المالية كوسيط بين العاقدين، وقامت بتمويل عملياتها حيث سُمِّي بعقد الليزنج (Leasing)، أو ما يسمى في القانون الفرنسي بالإيجار الائتماني (Credit Boil)، بل سميت هذه المؤسسات نفسها بمؤسسات الليزنج، وكانت بداية هذا العقد في أمريكا عام ١٩٥٣م، ثمَّ في فرنسا عام ١٩٦٢م، ولم يظهر في القانون المصري إلى اليوم[(٣)].

وقد امتازت هذه الصورة بتدخل طرف ثالث وهي المؤسسات المالية التي

---

(١) د. إبراهيم دسوقي أبو الليل: البيع بالتقسيط والبيوع الائتمانية الأخرى، ط جامعة الكويت، ١٩٨٤م (ص٣٠٤).

(٢) د. السنهوري: الوسيط، ط دار النشر للجامعات المصرية (٤/ ١٧٧).

(٣) د. إبراهيم أبو الليل، المرجع السابق (ص٣٠٧).

تقوم بشراء الأشياء التي هي في الغالب تجهيزات وصناعات كالطائرات، والقطارات، والسفن، والدور، ونحو ذلك، ـ حيث سمِّيت بمؤسسات «ليزنج» ولكنها لا تريدها لنفسها، بل تشتريها لهذا الغرض، حيث تقوم بتأجيرها لمن يتعاقد معها لفترة مناسبة للطرفين طويلة ـ في الغالب ـ وقد يجددها لفترة أخرى، ثمَّ يقوم المستأجر بإعادة الشيء المستأجَر إلى المؤسسة، أو بتملكه مقابل ثمن يراعى في تحديده المبالغ التي دفعها كأقساط إيجار، فليس في عقد الليزنج إلزام بشراء العين المؤجرة، وكذلك تظل مملوكة للمؤسسة.

والجديد في الليزنج هو تدخل مؤسسة الليزنج التي لا تريد شراء هذه المعدات، وإنما تريد تحقيق الأرباح من خلال هذه العملية، ولذلك يقوم المستأجر نفسه بتحديد الأشياء التي يريدها، ومواصفاتها، بل قد توكله المؤسسة للقيام بشراء هذه الأشياء باسمها، فهو وكيل فمستأجر، لذلك يوجد بجانب عقد التأجير عقد التوريد طرفاه الصانع، أو المورد، ومؤسسة الليزنج التي تحتفظ بملكية هذه الأشياء، وهي تنظر إلى كيفية استرجاع رأسمالها مع أرباحها، آخذة بنظر الاعتبار نوعية هذه الآلات والمعدات وعمرها الافتراضي والأقساط التي تتسلمها، مع قيمتها بعد انتهاء مدة الإيجار مع إتاحة حق الشراء الاختياري للمستأجر في نهاية العقد بأسعار تحدد بعد منذ البداية، أو بأسعار السوق السائدة، وتحميله تكاليف الصيانة والإصلاح والتأمين وغيرهم[١].

ولذلك عرّف القانون الفرنسي الصادر في ٢ يوليو ١٩٦٦م عقد الليزنج بأنه عمليات تأجير المعدات والتجهيزات والآلات والعقارات ذات الاستعمال الصناعي، والمشتراة خاصة بقصد هذا التأجير من قبل شركات تبقى محتفظة بملكية هذه التجهيزات، ويكون من شأن هذه العمليات أن تخول المستأجر الحق في شراء التجهيزات[٢].

---

(١) أ. د. إبراهيم أبو الليل، المرجع السابق (ص٣١٨).
(٢) المرجع السابق (ص٣٢٠).

مزايا الليزنج (البيع الإيجاري):

أصبح الليزنج وسيلة جيدة لتمويل التجهيزات ساعدت على تنشيط المشروعات الصناعية، والتجارية، وتدوير السيولة وتحققت له مكانة مرموقة في الأسواق العالمية حيث حقق معدل نمو مرتفع للغاية، فقد بلغ معدل نموه في أوروبا الغربية وحدها على سبيل المثال (٨٠٠٪) خلال الفترة من عام ١٩٧٠ إلى عام ١٩٧٩م، وتقدر الاستثمارات الأوروبية التي تتم حالياً عن طريق (٨٪) من إجمالي الاستثمارات، وفي عام ١٩٨١م بلغ رأس مال الشركات العاملة في مجال التأجير في الدول الصناعية (٥٥) مليار دولار[١]. وبذلك قد فاق كل وسائل التمويل الأخرى، وذلك لما يتمتع به من مزايا مقارنة بوسائل التمويل التقليدية الأخرى، وهذه المزايا هي:

١ ـ يهتم نشاط الليزنج بالدرجة الأولى بمقدرة التدفقات النقدية للمستأجر على السداد دون التركيز على حجم أصوله ومقدار رأس ماله.

٢ ـ احتفاظ شركات الليزنج بملكية الأصل موضوع الإيجار يجعلها تتغاضى عن كثير من الضمانات التي تطلب في حالة التمويل النقدي.

٣ ـ تكون شروطه في الغالب أفضل وسائل التمويل المتاحة حيث تقدم المؤسسة (الطَّرف الثَّالث) في الغالب ما يقرب من (١٠٠٪) من التمويل المطلوب في حين أن التمويل التقليدي لا يتجاوز في أغلب الأحيان (٧٠٪) مما يدفع المقترض المستفيد أن يبحث عن السيولة لتغطية الباقي (٣٠٪).

---

(١) وأما بالنسبة لتوزيع هذه الشركات في نفس العام ١٩٨١م كالآتي: (٣٥) شركة في هونج كونج، و(١٨) في أندونيسيا، و(٩) في كوريا، و(٥٣) في ماليزيا، و(١٦) في الفيليبين، و(٣٣) سنغافورة، و(٥٠) في تايوان... وهكذا.

٤ ـ يحقق مرونة أكثر في تقدير أقساط الأجرة مقارنة بأقساط سداد القروض في حالة التمويل التقليدي، وذلك لأن شركات الليزنج تركز على تحليل قدرة التدفقات النقدية على الوفاء بالتزامات المستأجر.

٥ ـ يقوم المستأجر في إطار نشاط الليزنج بتنزيل كافة مدفوعاته مقابل استقلال الأصل محل الإيجار من حسابات الأرباح والخسائر الخاصة بشروطه.

٦ ـ لا تؤثر الاستفادة من الليزنج على قدرة المستأجر على الاستفادة من وسائل التمويل الأخرى، وذلك لأن التزاماته الناشئة عن عقد الليزنج تكيف على أساس كونها أحد مصروفات التشغيل، ولا تدخل عند حساب معدلات المديونية، وبالتالي لا تؤثر على القدرة الائتمانية للمستأجر.

٧ ـ تفادي القيود التي تلتزم بها البنوك في تمويلها للمشروعات، أو إقراضها حيث جعلتها عاجزة عن إشباع حاجة الائتمان في مختلف صوره.

٨ ـ يدفع عجلة التنمية إلى الأمام لما يتمتع به من تسهيلات كبيرة تؤدي إلى تذليل مشكلات التشييد والمرافق التي ترجع أساساً إلى ضعف إمكانيات أجهزة المقاولات الحالية[١].

وقد نشرت الأهرام في أغسطس ١٩٨٣م، أن هيئة سوق المال بالاشتراك مع بنك مصر إيران للتنمية تعتزم إدخال نظام الليزنج كوسيلة تمويلية فعالة مستحدثة في مصر فقالت:

(ذلك أنه بالرغم من أن صدور قانون الاستثمار والمناطق الحرة كان إيذاناً بتحرك قوي على مدارج النمو الاقتصادي، وهو تحرك يستهدف مسايرة

---

(١) جريدة الأهرام أغسطس ١٩٨٣م، بصدد مؤتمر المصريين المغتربين الذي عقد بالقاهرة خلال شهر أغسطس ١٩٨٣م حيث ناقش موضوع شركات تأجير المعدات، والتأجير عموماً.

التقدم التكنولوجي العالمي واستقطاب رؤوس الأموال الأجنبية لكي تسهم بدور فعال في دفع عجلة التنمية ودعم الصرح الاقتصادي لمصر المستقبل، ومع أن البنوك المصرية والمشتركة قامت بدور فعال في تمويل الكثير من المشروعات الجديدة، إلَّا أن طبيعة القيود التي تلتزم بها البنوك التجارية قد جعلتها عاجزة عن إشباع حاجة الائتمان في مختلف صوره، فبدت فجوة واسعة لم تستطع أن تسدها في مختلف الدول النامية إلَّا نوعية من شركات توظيف الأموال، التي تقوم بمزاولة نشاط الليسنج أو التأجير المالي للعقارات والمنقولات المختلفة الذي يستهدف سد احتياجات كافة القطاعات الإنتاجية والخدمية من الآلات والمعدات والمنشآت والتي عادة ما تعجز وسائل التمويل التقليدية عن مقابلتها).

(وبناء على ما سبق فقد قامت هيئة سوق المال بالاشتراك مع بنك مصر إيران للتنمية بدراسة كافة الجوانب القانونية والمالية والمحاسبية والتسويقية المتعلقة بمثل هذا النشاط، وذلك بالاستعانة بهيئة التمويل الدولية التابعة للبنك الدولي للإنشاء والتعمير نظراً لخبرتها في تقديم هذا النشاط في العديد من البلدان النامية، وعلى أثر النتائج الإيجابية للدراسات العديدة التي تم الانتهاء منها في هذا الشأن، يقوم حالياً بنك مصر إيران للتنمية بالاشتراك مع هيئة التمويل الدولية وشركة مانوفاكتشورز ليسنج الأمريكية إحدى كبرى الشركات العالمية المتخصصة في هذا النشاط بالاضطلاع بمسؤولية تأسيس أول شركة تأجير مالي في مصر للمساهمة في سد النقص الملموس في هيكل ووسائل التمويل المتوسط والطويل الأجل المتاحة في مصر حاليًّا)[1].

---

(١) جريدة الأهرام المصرية في أغسطس ١٩٨٣م تحت عنوان: الليزنج: التأجير المالي كأداة تمويلية مستحدثة في مصر؛ ويراجع د. أبو الليل، المرجع السابق (ص٣٢٠ ـ ٣٢١).

صور الإيجار البيعي في القانون (الإيجار المنتهي بالتمليك):

ذكر الأستاذ السنهوري صورتين، تتفرع من الثَّانية صورتان فأصبحت ثلاثاً، وهي:

١ ـ **الإيجار الساتر للبيع**: وهذا يتحقق فيما إذا كان قصد العاقدين هو البيع بالتقسيط، ولكن البائع يخاف من عدم استطاعة المشتري من دفع الأقساط فيعمد إلى تسميته بالإيجار ولا يذكر البيع مطلقاً في العقد حتى لا تنتقل ملكية العين المؤجرة إليه، ولكنهما يتفقان على أنه إذا وفي المشتري بالأقساط المطلوبة انقلب الإيجار بيعاً، ولذلك قضت الفقرة الرَّابعة من المادة (٤٣٠) من القانون المدني المصري بأن أحكام البيع بالتقسيط تسري على هذا العقد: (ولو سمى المتعاقدان البيع إيجاراً)، ويترتب على ذلك أن الإيجار الساتر للبيع يعتبر بيعاً محضاً وتسري عليه أحكام البيع بالتقسيط من انتقال ملكية المبيع إلى المشتري معلقة على شرط واقف منذ إبرام العقد، وأنه إذا أفلس المشتري على العين فإن البائع يستطيع أن يفسخ البيع، كما له حق امتياز على العين يتقدم به على دائني المشتري[1].

٢ ـ **الإيجار المقترن بوعد بالبيع**، ولكن النيّة واضحة في أنه بيع بالتقسيط، وذلك بأن يكون المتعاقدان يريدان في الحقيقة بيعاً بالتقسيط منذ البداية، وآية ذلك أن يجعل المؤجر الوعد بالبيع الصادر منه معلقاً على شرط وفاء المستأجر بأقساط الإيجار في مواعيدها، وأن يجعل الثمن في حالة ظهور رغبة المستأجر في الشراء هو أقساط الإيجار، وقد يضاف إليها مبلغ رمزي، ففي هذا الفرض يكون العقد بيعاً بالتقسيط لا إيجاراً، ويعتبر المشتري مالكاً تحت شرط واقف، فلا يكون مبدداً إذا هو تصرف في المبيع قبل الوفاء بالثمن، ولا يستطيع البائع استرداده من تفليسة المشتري.

---

(١) د. السنهوري، والوسيط (٤/ ١٧٧ ـ ١٨٢)؛ ويراجع كذلك د. سليمان مرقس، شرع عقد الإيجار، ط القاهرة، عام ١٩٨٤م (ص٧٤).

٣ ـ **الإيجار الجدي المقترن بوعد بالبيع،** بحيث تكون الأجرة مناسبة للعين المستأجرة، وأن يكون الثمن الموعود به عند البيع ثمناً حقيقياً جدياً مستقلاً عن أقساط بالتقسيط، ولا يتم البيع تلقائياً بنهاية المدة المحددة، وإنما بعقد جديد[١].

التكييف القانوني للإيجار البيعي وحكمه:

اعتبر القانون المصري الصورة الأولى بيعاً بالتقسيط (كما في الفقرة: ٤٣٠م.م) حيث قضت بأن أحكام البيع بالتقسيط تسوى على العقد (ولو سمى المتعاقدان البيع إيجاراً) فلم يحتفل بهذا التذرع وذلك لأن الغرض الذي يرمي إليه العاقدان واضح وإن لم يذكرا عقد البيع، حيث قصدا أن يكون الإيجار عقداً صورياً يستر به العقد الحقيقي وهو البيع بالتقسيط، وأن الثمن الحقيقي الذي يسميانه أجرة إن هو إلَّا أقساط، فتسري عليه أحكام البيع بالتقسيط التي سبق أن ذكرنا بعضها[٢].

وكذلك الأمر في الصورة الثَّانية حيث يعتبر العقد بيعاً بالتقسيط لا إيجاراً حتى ولو أضيف إليه مبلغ رمزي، ويعتبر المشتري مالكاً تحت شرط واقف، فلا يكون مبدّداً إذا هو تصرَّف في المبيع قبل الوفاء بالثمن، ولا يستطيع البائع (المؤجر) استرداد المبيع من تفليسة المشتري[٣].

ومن هنا عوقب البائع (المؤجر) بنقيض قصده وانطبقت عليه القاعدة الفقهية: (من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه)[٤]، وذلك لأن البائع قد ظن أنه حصن نفسه من أن يتصرف المشتري في العين،

---

(١) المرجع السابق بنفسه.
(٢) د. السنهوري، الوسيط (٤/ ١٧٤، ١٧٨).
(٣) المرجع السابق نفسه.
(٤) شرح القواعد الفقهية للزرقا (١/ ٤٠٣ ـ ٤٠٦)، دار الغرب الإسلامي.

ومن شر إفلاسه، حيث لا تزال العين في ملكه ولم تنتقل إليه، ولكنه لم يستفد منه.

وأما الصورة الثَّالثة فتعتبر إيجاراً، لا بيعاً بالتقسيط، فلا تنتقل الملكية إلى المستأجر، وإذا تصرف المستأجر في العين المؤجرة كان مبدداً وإذا أفلس استرد المؤجر السيارة من تفليسته، فإذا ما أظهر المستأجر رغبته في شراء العين انتهى عقد الإيجار، وتمَّ عقد بيع بنقل الملكية إلى المشتري من وقت ظهور الرغبة، ولا يستند بأثر رجعي إلى وقت الإيجار، وزال التزام المستأجر بدفع أقساط الأجرة، وحل محله التزام المشتري بدفع الثمن المتفق عليه، ويكون الثمن مضموناً بحق امتياز على المبيع[1].

وقد كان فقهاء القانون والقضاة في مصر مختلفين قبل صدور القانون المدني الجديد، فكان بعضهم يذهب إلى أن البيع الإيجاري إيجاد مقترن بشرط فاسخ ومصحوب ببيع معلق على شرط فاسخ[2].

في حين ذهب بعضهم إلى اعتبار العقد مركباً يهدف إلى غرضين مختلفين في وقت واحد، لا يمكن الفصل بينهما، ومن ثمَّ يكون عقداً غير مسمى[3]، وقضت محكمة الاستئناف المختلطة في ١١/ ١٢/ ١٩٣٤م بأن حقيقة العقد بيع لا إيجار، وذهبت محكمة النقض في ٢١/ ٦/ ١٩٣٤م إلى أن تكييف العقد هل هو بيع أو إيجار يتبع فيه قصد العاقدين وأن المحكمة تستهدي في ذلك بنصوص العقد، والظروف التي تحيط به[4].

وأما النظام الإنجليزي فلم يعتبر الإيجار البيعي إيجاراً بالمعنى الدقيق؛ لأنه يتضمن عناصر للبيع، ولا بيعاً؛ لأنه لا يؤدي إلى إلزام المؤجر

---

(١) د. السنهوري، الوسيط (٤/ ١٨١ ـ ١٨٢).

(٢) استئناف مختلط في ٣٠/ ٤/ ١٩١٣م.

(٣) رسالة الأستاذ الشيني، فقرة (٦٥) المشار إليها في الوسيط (٤/ ١٧٩).

(٤) الأستاذ السنهوري، الوسيط (٤/ ١٧٩).

أو المستأجر بعقد البيع، بل تظل ملكية الشيء للمؤجر، ولا تنتقل إلى المستأجر(المشتري)، ولذلك فرق القانون الإنجليزي بين العمليتين الآتيتين:

١ ـ اتفاق بين عاقدين يظهران كمؤجر ومستأجر يحصل بمقتضاه المستأجر على حق التملك في نهاية مدة الإيجار مقابل دفع مبلغ إضافي، رمزي في العادة، وفي هذه الحالة يقرب الإيجار البيعي من عقد الإيجار.

٢ ـ عقد بينهما على الإيجار في الظاهر لكنه يتضمن تملك المستأجر للعين المستأجرة بمجرد دفع القسط الأخير دون حاجة إلى إبرام عقد جديد، وفي هذه الحالة يقترب من عقد البيع[١].

وقد حاول الفقه الفرنسي تحديد طبيعة هذا العقد، ولكنه لم يتفق على ذلك، فقد ذهب الاتجاه السائد إلى تكييفه بأنه عقد إيجار مقرون بوعد منفرد بالبيع، وأما القضاء الفرنسي فقد اعتبره متضمناً عمليتين قانونيتين في وقت واحد وهما: إيجار يليه بيع، وكل منهما مستقل عن الآخر، إذا تبيَّن استقلال الإيجار عن البيع، وحينئذٍ يخضع كل منهما لأحكامه الخاصة، وفيما عدا ذلك يعتبر عملية قانونية واحدة، وقرر القضاء في هذا الصدد أنه بمجرد سداد جزء معين من الثمن فإن عقد البيع الإيجاري يتحول إلى بيع ائتماني[٢].

وبما أن العبرة في تكييف الاتفاق هو ما اتجهت إليه نية العاقدين، فإن للقضاء سلطة واسعة في إعطاء هذا الاتفاق تكييفه الصحيح، فإذا ظهر له أن نيتهما كانت متجهة إلى إبرام عقد بيع فإنه يكيف على أنه بيع، ويظهر ذلك من خلال ما يأتي:

١ ـ الظروف المحيطة بالتعاقد والأمور التي التزم بها العاقدان.

---

(١) د. أبو الليل، المرجع السابق (ص٣٠٥).

(٢) د. السنهوري، الوسيط (٤/ ١٨٠ ـ ١٨١)؛ ود. أبو الليل (ص٣٠٦)؛ ويراجع كذلك بلانيول، وريبيروهامل: الفقرة (٢١٩) المشار إليه في الوسيط (٤/ ١٨٠).

٢ ـ والنشاط المهني الذي يمارسه المؤجر.

٣ ـ ووجود اتفاق ملحق بالعقد.

٤ ـ والسلطات الكبيرة المخولة للمستأجر على العين المؤجرة من حيث التصرُّف.

٥ ـ وكيفية سداد الثمن من حيث القدر والتناسب مع الأجرة، أو الأقساط، بل قد يعطي المستأجر جزءاً كبيراً من الثمن قبل تحقق البيع، فإن هذا يدل بوضوح على أنه بيع، وما دفعه أقساط حتى ولو تحايل فسمى المبلغ المقدم عربوناً، أو باسم الضمان، أو التأمين[1]، اعتبر القضاء ذلك الاتفاق بيعاً وليس إيجاراً.

٦ ـ وقلة المبلغ الذي يباع به الشيء في الأخير وضآلته حيث يستشف منها أن العملية كلها بيع وإن ستر بلفظ الإيجار[2].

ففي هذه الحالات التي تظهر منها نية العاقدين أنها متجهة في حقيقتها إلى بيع بالتقسيط في صورة عقد الإيجار اعتبرت المحاكم هذه النية، وجعلت العقد بيعاً بالتقسيط مع الاحتفاظ بالملكية، ولم تول عناية بهذا الظاهر المتمثل في العقد بأنه إيجار، وقررت نتيجة ذلك عدم الاحتجاج باحتفاظ البائع بالملكية في مواجهة تفليسة المشتري، أما إذا كانت النية متجهة للتحايل على الأحكام التي يفرضها المشرع للبيع الائتماني فقد أعلن القضاء الفرنسي بطلان مثل هذا الاتفاق لعدم مشروعيته[3].

---

(١) وقد قضت محكمة باريس في ١٩ يناير ١٩٦٦م أن العقد إيجار بحت، آخذة في الاعتبار بحرية التعاقد مع الاعتداد بعقد البيع حتى يظل العقدان مرتبطين معاً وذلك في قضية كان البائع قد أخذ دفعة كتأمين يرد إلى العميل بعد خصم مستحقات الإيجار إذا لم يرغب في شراء الجهاز محل العقد.

(٢) د. أبو الليل: المرجع السابق (ص٣٠٨).

(٣) المرجع السابق (ص٣١٠)، حيث عرض في هذا الصدد مجموعة من قرارات محاكم النقض بفرنسا.

الخلاصة:

إن البيع الإيجاري ليس له تكييف واحد، بل يتردد تكييفه وتحديد طبيعته القانونية بين البيع مع الاحتفاظ بالملكية لحين استيفاء كامل الثمن، وبين الإيجار المقترن بوعد بالبيع، ففي الحالة التي تنطبق على الصورتين الأولى والثَّانية اللتين ذكرناهما فإن القضاء الفرنسي يخضع البيع الإيجاري من حيث الأصل لأحكام عقد البيع، والتشريعات التي تنظم البيع الائتماني من حيث وضع القيود المتعلقة بمدة الائتمان وأقساط الثمن، ولا يطبق عليه قواعد الإيجار إلَّا استثناء، ولذلك فإذا تضمن العقد وعداً فلا بُدّ أن يكون ثمن البيع محدداً، أو قابلاً للتحديد، وإلا لما وجد العقد، كما أن الأجل الممنوح للمشتري (المستأجر) يسقط في حالة تصرف المشتري في المبيع بإعادة بيعه إذا كان البائع قد اشترط ذلك، كما تطبق عليه قواعد الغبن في حالة بيع العقار، وتكون العبرة في تقدير الغبن بوقت إبرام العقد[1].

وفيما يخص نقل ملكية الشيء المؤجر، فله اعتباران حيث إنه بالنسبة للعاقدين لا يتم ذلك، وفي مقابل دائني المستأجر (المشتري) قرر القضاء الفرنسي ـ ورغبة منه في وأد كل محاولة للتحايل على دائني المستأجر ـ أنه بمثابة البيع النهائي بالنسبة لهم، لذلك لا يسمح للمؤجر بالاحتجاج باحتفاظه بالملكية إلى حين تمام سداد الثمن على تفليسة المشتري، وحينئذٍ فلا يمكن استرداد المبيع من التفليسة، ولكن في غير حالة الإفلاس يبدو أن القضاء الفرنسي يسمح بالاحتجاج بالبيع الإيجاري على دائني المشتري[2]، ومع كل ذلك فإن بعض الشراح لا يعتبرون البيع الإيجاري بيعاً ائتمانياً بالمعنى الدقيق؛ لأن الملكية فيه تظل للبائع حتى تمام سداد الثمن[3]، وفي هذا

(١) د. أبو الليل (ص٣١٤)؛ وبلانيول وريبير ١٠/ فقرة (١٧٨).

(٢) داللوز (١٨٨٦ ـ ١ ـ ٥٧)؛ ود. إبراهيم أبو الليل، المرجع السابق.

(٣) سوماد: البيع الائتماني فقرة (٣٦٢) حيث يرى أن البيع الإيجاري يختلف عن البيع =

النطاق يتشابه البيع الإيجاري مع البيع بالتقسيط المشترط فيه الاحتفاظ بالملكية[١].

وأما ما يخضع هذا العقد لأحكام الإيجار فهو فيما يخص العلاقة الداخلية بين طرفيه بشرط أن لا يؤدي ذلك إلى الإضرار بالغير، وأنه إذا تصرف المستأجر في العين المؤجرة قبل تملكه بتمام سداد الأقساط المستحقة فإنه يعاقب بجريمة خيانة الأمانة؛ لأنه تطبق حينئذٍ قواعد الإجارة بهذا الصدد[٢].

والفقه والقضاء في مصر في ظل القانون المدني المصري الجديد على أن الصورتين اللتين ذكرتهما تخضعان لأحكام البيع بالتقسيط مع الاحتفاظ بالملكية لحين استيفاء الثمن، إعمالاً لنص الفقرة الرَّابعة من المادة (٤٣٠م م)[٣]، وهكذا الأمر في القانون الكويتي حيث نصت المادة (٤١٠) من قانون التجارة رقم (٦٨) لسنة ١٩٨٠م بسريان أحكام البيع بالتقسيط ولو سمّى المتعاقدان البيع إيجاراً.

وأما الحالة الثَّانية المتمثلة في الصورة الثَّالثة السابقة التي يقترن فيها الإيجار الحقيقي بوعد، فإن أحكام الإجارة هي التي تطبق على هذا العقد، ولا تخضع لأحكام البيع، ولا للفقرة الرَّابعة من المادة (٤٣٠م م) التي نظمت البيع الائتماني، فلا تنتقل الملكية إلى المستأجر، وإذا تصرف في العين المستأجرة كان مبدّداً، وإذا أفلس استردها المؤجر من تفليسته، وإذا ما أظهر المستأجر رغبته في شرائها انتهى عقد الإيجار، وبدأ عقد

= الائتماني في أن الأوَّل يكون كالشرط الواقف، أما الائتماني فكالشرط القاسخ، ولم يقبل د. أبو الليل (ص٣١٥) بهذه التفرقة.

(١) د. أبو الليل، المرجع السابق (ص٣١٥).

(٢) المرجع السابق (ص٣١٣).

(٣) د. السنهوري، الوسيط (٤/ ١٧٧ ـ ١٧٨)، ود. أبو الليل، المرجع السابق (ص٣١٦).

البيع منذ تلاقي الإرادتين عليه دون الاستناد إلى أثر رجعي إلى وقت الإيجار، وزال التزام المستأجر بدفع الأجرة، وحل محلّه التزام المشتري بدفع الثمن المتفق عليه، ويكون الثمن مضموناً بحق امتياز على المبيع[1].

وأما التكييف القانوني لعقد الليزنج فهو عبارة عن عملية مركبة من عدَّة عمليات قانونية تختلط وتندمج لتصبح عملاً قانونياً واحداً غير قابل للانقسام، لكن مكوناته تتكون من ثلاثة عمليات قانونية وهي الشراء بقصد التأجير، وعقد الإيجار، ثمَّ إمكانية الشراء أو التملك في الأخير[2]، ويرى بعض الفقهاء في فرنسا أنه يتكوَّن من خمس عمليات قانونية هي: وعد تبادلي بالإيجار يقيد المؤجر بشراء مال معين، ووكالة ممنوحة من المؤجر إلى المستأجر المستفيد من عقد الليزنج باختيار الأموال التي يرد عليها، ثمَّ عقد التأجير، ووعد منفرد بالبيع يتحقق في نهاية مدة الإيجار، وأخيراً البيع[3]، وعقد الليزنج وإن كان تطويراً للبيع الإيجاري إلَّا أنه عقد مستقل بذاته له خصائصه الخاصة، ويختلف معه في بقاء المؤجر في عقد الليزنج مالكاً للتجهيزات المؤجرة إلى حين انتهاء العقد وإنشاء عقد البيع إن أراد، ومن ثمَّ يكون له الحق في استردادها من تفليسة المستأجر وأنه إذا قام المستأجر بتبديد الأعيان المسلمة إليه قبل تمليكها يعتبر مرتكباً جريمة الخيانة، وهذا ما لم يقبله القضاء بالنسبة للبيع الإيجاري[4].

---

(١) د. السنهوري، الوسيط (٤/ ١٧١ ـ ١٨٢).

(٢) ميشيل كابر لاك: موسوعة دالloز، بحث بعنوان (Leasing) رقم (١٠).

(٣) وهذا رأي شامبوا الأسبوع القانوني عام ١٩٦٦م المنشور في داللوز رقم (٣)؛ ويراجع د. أبو الليل (ص٣٢٠).

(٤) د. أبو الليل، المرجع السابق (ص٣٢٢).

الإيجار المنتهي بالتمليك في الفقه الإسلامي

يقصد بالإيجار المنتهي بالتمليك في الفقه الإسلامي: اتفاقية إيجار يلتزم فيها المستأجر بشراء الشيء المؤجر في الوقت المتفق عليه خلال مدة الإيجار أو بعدها بسعر يتفق عليه مسبقاً أو فيما بعد ـ كما سبق ـ.

فوائد هذا العقد ومقاصده:

للإجارة المنتهية بالتمليك فوائد ومقاصد قد لا تتحقق بغيرها من العقود القريبة منها مثل البيع، أو حتى البيع بالتقسيط، وذلك لأن البيع بجميع صوره يقتضي نقل ملكية المبيع إلى المشتري، في حين أن البنك ـ مثلاً ـ قد لا يريد ذلك حفاظاً على حقه في العين المؤجرة بحيث إذا لم يتمكن المستأجر من دفع الإجارة، فإن ملكيتها لم تنتقل إلى أحد، وحقه محفوظ، إضافة إلى أن البنك يريد أن يكون له مرونة في زيادة أرباحه ولا سيما في مثل العقود الطويلة الأجل، أو أن المتعامل معه يخاف على هبوط الأرباح عن معيار (لا يبور) فيعطي له عقد الإجارة المنتهية بالتمليك مرونة لا تتوافر في البيع بالتقسيط الذي يقسِّط الثمن على فترات محددة لا يجوز له أن يزيد شيئاً، أو ينقص، إضافة إلى أمور أخرى تعود إلى الضمانات ونقل الملكية كما سبق.

ومن جانب آخر فقد تشتري بعض الشركات سيارات ـ مثلاً ـ للأجرة ثمَّ تتعاقد مع السائقين بأجور شهرية لها، مع وعد بأنها بعد عشر سنوات ـ مثلاً ـ تهبها لهم، أو تبيعها لهم بسعر رمزي، فالشركة تستفيد من الأجرة والسائق يستفيد مرتين: مرة من خلال ما يوفره للإنفاق على نفسه وعلى أسرته، ومرة أخرى حيث تعود إليه ملكية السيارة، وحينئذٍ يحافظ عليها أكثر مما لو كان أجيراً، وهكذا الأمر في الدور والمساكن، في حين أن المستأجر ليس لديه المال الكافي للشراء، وبذلك تتحقق أهداف اجتماعية وتنمية اقتصادية جيدة، فالإيجار المنتهي بالتمليك يفيد صغار الموظفين، وقليلي الدخول والمرتبات حيث لا يمكنهم شراء الدور، أو الشقق بسبب عدم

الوفر، فيلجأون إلى الإيجار المنتهي بالتمليك الذي يحافظ أيضاً على حقوق البنوك أو الشركات، كما يفيد أصحاب المصانع والشركات الذين ليس لديهم السيولة الكافية، فيكون الأمثل للطرفين، هو الإيجار المنتهي بالتمليك.

وبنك التنمية الإسلامي وجد في هذا العقد مع الدول الإسلامية منافع كثيرة جيث مكّنها من الإفادة من المعدّات التي اشتراها البنك وملكها، كما أن تفكيك هذه المعدات وإرجاعها إلى البنك يكلفه الكثير، فكان الحل الأمثل هو تمليكها هذه المعدات بأسعار رمزية، أو حقيقية.

وقد ذكرنا فيما مضى عدَّة مميزات للإيجار المنتهي بالتمليك بالأخص لعقد الليزنج فتلاحظ هنا بناءً على أن (الحكمة ضالّة المؤمن فهو أحقّ بها أنَّى وجدها)، وقصدي من ذلك أن مقاصد الشريعة في تشريع العقود تتحقق في ذلك.

صور الإيجار المنتهي بالتمليك في الفقه الإسلامي

للإيجار المنتهي بالتمليك صور حسبما ذكرها المعاصرون من أهمها:

الصورة الأولى: أن يتم الإيجار بين الطَّرفين، ثمَّ يلحق هذا العقد بوعد بيع العين المستأجرة مقابل مبلغ (حقيقي، أو رمزي) يدفعه المستأجر في نهاية المدة بعد سداد جميع الأقساط الإيجارية المتفق عليها.

الصورة الثَّانية: أن يتعاقد الطَّرفان على تأجير العين (الدار، السفينة، أو نحوهما)، ويلحق به وعد بالهبة في عقد منفصل؛ أي: أن المؤجر يهبها للمستأجر بعد انتهاء زمن محدد يدفع فيه جميع الأقساط الإيجارية المستحقة.

وكون الوعد ملزماً مختلف فيه[1] سيأتي تفصيله.

---

(١) يراجع للتفصيل: مبدأ الرضا في العقود، ط دار الثائر ١٩٨٥م (٢/١٠٣٢).

الصورة الثَّالثة: أن يتضمن صلب العقد الإجارة والبيع سواء كان الثمن رمزياً أم حقيقياً، وذلك بأن يصاغ على عقد البيع معلقاً على شرط سداد جميع الأقساط الإيجارية المتفق على سدادها خلال المدة المعينة.

وهذه الصورة مختلف فيها قديما وحديثاً:

وتدخل قديماً: في باب تعليق عقد البيع على شرط حيث منعه الجمهور وأجازه أحمد في رواية، ورجح ذلك شيخ الإسلام ابن تيمية ورجحه بعض المعاصرين(١)، قال الشيخ ابن بيه: وهو (أن يبيعه بشرط ألا يمضي البيع إلَّا بدفع الثمن، فيكون البيع معلقاً على دفع آخر الثمن، وحسبما يفيده الزرقاني عن أبي الحسن على المدونة هذه الصيغة جائزة معمول بها وسلمه البناني، الدسوقي)(٢).

الصورة الرَّابعة: ذكرها بعض الباحثين، فقال: (أن يكون إيجاراً حقيقيًّا، ومعه بيع بخيار الشرط لصالح المؤجر ويكون مؤجلاً إلى أجل طويل (وهو آخر مدة عقد الإيجار) عند من يجيز الخيار المؤجل إلى أجل طويل كالإمام أحمد، ومحمد بن الحسن، وأبي يوسف وابن المنذر، وابن أبي ليلى وإسحاق وأبي ثور بشرط أن تكون المدة معلومة محددة، واجتماع البيع مع الإجارة جائز في عقد واحد بشرط أن يكون لكل منهم موضوع خاص به)(٣).

---

(١) منهم أستاذنا الدكتور حسن الشاذلي. وانظر كتابه: نظرية الشرط، ط القاهرة من ١٣٢؛ وبحث عن الإيجار المنتهي بالتمليك (ص٤٢).

(٢) بحثه المقدم بعنوان: الإيجار الذي ينتهي بالتمليك، المقدم إلى مجمع الفقه الإسلامي في دورته الخامسة عام ١٤٠٩هـ (ص١٢).

(٣) الشيخ ابن بيه: بحثه السابق؛ ويراجع: الخيار وأثره في العقود للدكتور عبد الستار أبوغدة، ط دلة البركة (ص٢٢١).

الصورة الخامسة: أن يصاغ العقد على أساس عقد الإجارة، ولكن يكون للمستأجر الحق في تملك العين المؤجرة في أي وقت يشاء على أن يتم البيع في وقته، بعقد جديد تراعى فيه قيمة العين المؤجرة، أو حسب الاتفاق في وقته.

هذه الصورة جائزة لا غبار عليها وهي تدخل في قرار المجمع الآتي ذكره، وهذا الشرط الموجود فيه لا يؤثر في العقد؛ لأنه شرط ليس فيه أي تعارض مع نص من الكتاب والسُّنَّة والاجماع ولا مع مقتضى عقد الإجارة.

الصورة السَّادسة: أن يصاغ العقد على أساس الإجارة كما في الصورة الخامسة، ولكن يعطى حق الخيار للمستأجر في ثلاثة أمور:

١ ـ شراء العين المؤجرة بسعر السوق عند انتهاء مدة الإجارة.

٢ ـ مدّ مدة الإجارة لفترة أو لفترات أخرى.

٣ ـ إعادة العين المؤجرة بعد انتهاء مدة الإجارة إلى صاحبها، ولا مانع من أن يعطى له حق إنهاء عقد الإجارة.

وهذه الصورة جائزة بقرار من مجمع الفقه الإسلامي في دورته الخامسة عام ١٤٠٩هـ.

ويلحق بهذه الصورة ما ذكرناه في عقد الليزنج من أن الثمن يراعى في تحديده المبالغ التي سبق له دفعها كأقساط إيجار.

الصورة السَّابعة: أن يقوم شخص أو (مؤسسة) ببيع الدار، أو الطائرة، أو الباخرة للبنك، ثمَّ بعد الشراء يقوم البنك بتأجيرها للبائع الأوَّل مع وعد بالبيع، أو الهبة.

وهذه الصورة لا تختلف عن الأولى والثَّانية إلَّا في شيء واحد، وهو أن المستأجر هنا كان هو البائع للعين المؤجرة في حين أن المستأجر في الصور السابقة لم يكن له علاقة بها، وهل في ذلك ضير؟

وهذا الاختلاف قد يزيد الأمر تعقيداً من الناحية الشرعية حيث يزيد من احتمال الحيلة، ومجرد التمويل بالمرابحة، والتغطية لعملية ربوية تحت هذا المسمى حيث هو أقرب ما يكون إلى بيع العينة[1] من حيث المآل والمقاصد، وقد أفتت ندوة البركة الأولى (الفتوى رقم ١٤، وهيئة الرقابة الشرعية لبيت التمويل الكويتي بجواز ذلك بشرط أن يكون عقد البيع منفصلاً عن عقد الإجارة)[2].

وقد صدرت بخصوص الإيجار المنتهي بالتمليك فتوى عن الندوة الفقهية الأولى لبيت التمويل الكويتي عام ١٩٨١م هذا نصها:

إذا وقع التعاقد بين مالك ومستأجر على أن ينتفع المستأجر بمحل العقد بأجرة محددة بأقساط موزعة على مدد معلومة، على أن ينتهي هذا العقد بملك المستأجر للمحل فإن هذا العقد يصح إذ روعي فيه ما يأتي:

(أ) ضبط مدة الإجارة، وتطبيق أحكامها طيلة تلك المدة.

(ب) تحديد مبلغ كل قسط من أقساط الأجرة.

(ج) نقل الملكية إلى المستأجر في نهاية المدة بواسطة هبتها له تنفيذاً لوعد سابق بذلك بين المالك والمستأجر.

كما صدر قرار عن مجمع الفقه الإسلامي في دورته الخامسة عام ١٤٠٩هـ، هذا نصه:

أوَّلاً: الأوَّلى الاكتفاء عن صور الإيجار المنتهي بالتمليك ببدائل أخرى منها البديلان التاليان:

الأوَّل: البيع بالأقساط مع الحصول على الضمانات الكافية.

---

(١) يراجع للتفصيل في بيع العينة: مبدأ الرضا في العقود (٢/ ١٢٢٥).

(٢) الفتاوى الشرعية لبيت التمويل الكويتي (٤/ ٢٠)؛ والفتاوى الشرعية في الاقتصاد الصادرة عن ندوة البركة، ١٤٠٣هـ ـ ١٩٨٠م (ص٤٧).

الثَّاني: عقد الإجارة مع إعطاء المالك الخيار للمستأجر بعد الانتهاء من وفاء جميع الأقساط المستحقة خلال المدة في واحد من الأمور التالية:

- مدّ مدة الإجارة.
- إنهاء عقد الإجارة وردّ العين المأجورة إلى صاحبها.
- شراء العين المأجورة بسعر السوق عند انتهاء مدة الإجارة.

ثانياً: هناك صور مختلفة للإيجار المنتهي بالتمليك تقرر تأجيل النظر فيها إلى دورة قادمة بعد تقديم نماذج لعقودها، وبيان ما يحيط بها من ملابسات وقيود بالتعاون مع المصارف الإسلامية لدراستها وإصدار القرار في شأنها.

البنوك الإسلامية والإيجار المنتهي بالتمليك

أولت البنوك الإسلامية أهمية بهذا العقد لتنشيط استثماراتها، وإفادة المصانع والشركات المتعامل معها، حيث تدخل كطرف ثالث ممول كما شرحناه في عقد الليزنج، غير أن هناك اختلافاً بين ما تقوم به البنوك الإسلامية، وبين البيع الإيجاري السائد في القانون ـ كما سبق ـ يتمثل في أنه يجوز للعميل أن ينهي اتفاقية الإيجار مع البنوك الإسلامية في أي وقت شاء بشراء الأصل بالسعر المحدد مسبقاً في الاتفاقية، في حين أنه في ظل البيع الإيجاري في القانون لا يجوز للعميل أن ينهي الاتفاقية من جانب واحد، وعليه أن يؤدي كافة المدفوعات قبل أن تنتقل ملكية الأصل من المؤسسة المالية إليه.

والذي يجري عليه العمل في بعض البنوك الإسلامية هو الخطوات العملية الآتية:

١ ـ اتفاق مبدئي يكيف على أساس الوعد أو المواعدة يتضمن بحث كافة العمليات من شراء البنك، إلى شراء العميل وما يتضمنه من شروط.

٢ ـ قيام البنك الإسلامي بشراء الشيء المطلوب (طيارة، باخرة، بيت. . .) وتسجيلُه باسمه.

٣ ـ ثمَّ قيام البنك بتأجير الشيء المطلوب للعميل حسب الأجرة المتفق عليها.

٤ ـ التأمين على المعدات والأشياء المؤجرة.

٥ ـ وعد في ملحق منفصل يتعهد فيه المستأجر بشراء العين المؤجرة، أو في بند من بنود العقد.

وهذا الوعد قد يتضمن السعر المتفق عليه للشراء، سواء أكان رمزيًّا أم حقيقيًّا، وهو الغالب، وقد يكون مجرد وعد بالشراء بالسعر المتفق عليه عند إرادة الشراء، أو حسب سعر السوق، وهذا هو الأفضل.

٦ ـ تحمل البنك ضمان التلف، والصيانة الذاتية.

٧ ـ بعد انتهاء مدة الإجارة ووفاء المستأجر بكافة الشروط الواردة في العقد، يتم نقل ملكية الشيء المؤجر إلى المستأجر بموجب عقد جديد، وإذا رغب المستأجر أن ينهي عقد الإجارة في أي وقت شاء ليشتري العين المؤجرة ووافق على ذلك المؤجر (البنك) فلا مانع من ذلك شرعاً وقانوناً، وأن البنوك الإسلامية حريصة على عدم الربط بين العقدين ـ عقد الإجارة، وعقد البيع في الأخير، أو الهبة والتنازل ـ، بل يكتفى بالوعد، ويتم تحديد سعر العين المستأجرة وفق أحد الأسس الآتية:

(أ) القيمة السوقية المعروفة في السوق، أو حسب ما يقيمها الخبراء، وهو الأفضل.

(ب) تحقيق العدالة من حيث النظر إلى الأقساط المدفوعة للإجارة، وإلى قيمة الشيء ملاحظاً فيه الاستهلاك ونحو ذلك، حيث يمكن أن يتم بسعر رمزي، أو بالهبة والتنازل عندما كان المستأجر قد دفع جميع مستحقات البنك المؤجر.

(ج) القيمة التي يتم الاتفاق عليها في الأخير.

(د) الثمن الذي وعد به المستأجر، حين يجوز في الإجارة أن يتضمن الوعد شراء العين المؤجرة.

وهذا النوع لا غبار عليه من الناحية الشرعية، حيث هو عقد إجارة، ثمَّ بعد انتهاء مدتها أو إنهائها يتم عقد البيع للمعدات التي اشتراها البنك بنفسه وقبضها كمالك لها، ثمَّ أجرها لعميله لمدة معلومة، ثمَّ باعها إياه.

وهناك طريقة أخرى: وهي أن يقوم البنك بإجراء عقد مع العميل قبل تملكه الشيء المؤجر، وذلك بأن يؤجر معدات ليس مالكاً لها وقت التعاقد، ثمَّ يشتريها من الموردين باسم عميله المستأجر، ويجعله وكيلاً له في قبضها وتسلمها، والقيام بالإشراف على تركيبها، ثمَّ يؤجرها للعميل من فترة معينة يتوقع أن يتم تركيبها فيها، فإذا انتهت مدة الإجارة واستوفى البنك كل ما يجب له على العميل اعتبرت المعدات مبيعة له بثمن رمزي.

فهذه الطريقة بهذه الصورة عليها ملاحظات من أهمها أنها تدخل في إجارة ما لا يملك وهي لا تجوز؛ لأنها شبيهة ببيع ما لا يملك المنهي عنه[1].

وحل هذه المشكلة يمكن بإحدى الطريقتين الآتيتين:

الأولى: أن يكون عقد الإجارة وارداً على الذمة، وليس على العين، وذلك بأن يتعهد البنك بترتيب الشيء الذي يريده المستأجر حسب المواصفات بأن يقول: عليّ بأن آتي لك بطيارة (باخرة، دار...) على المواصفات المتفق عليها خلال شهر (أقل أو أكثر)، وبذلك أصبح

---

(١) ورد النهي عنه بلفظ «لا تبع ما ليس عندك»، رواه أبو داود في سننه، الحديث رقم ٣٤٨٦؛ وعون المعبود (٩/ ٤٠١)؛ والترمذي في سننه مع تحفة الأحوذي (٤/ ٤٣٠)؛ والنسائي، الحديث رقم ٤٦١٢؛ وابن ماجه، الحديث رقم ٢١٨٨؛ وأحمد في مسنده (٣/ ٤٠٢)؛ وغيرهم؛ ويراجع بحثنا حول: حديث: «لا تبع ما ليس عندك» سنده وفقهه.

العقد وارداً على الذمة، وليس على العين، وبذلك صح العقد، ولزم، ثمَّ يقوم البنك بترتيب الشيء المتفق عليه بشرائه، وتركيبه بنفسه، أو عن طريق وكيله ويجوز أن يوكل المستأجر بضوابط من أهمها أن تكون الفواتير باسم البنك، وأن تكون جميع الأمور المتعلقة بالشراء والتركيب معلومة محددة للبنك.

الطريقة الثَّانية: أن يقوم البنك بوعد، أو تعهد بالشراء، بحيث لا يتم التعاقد بينه وبين العميل على الإجارة إلَّا بعد الشراء والتركيب، وفي هذه الحالة لا مانع أيضاً من توكيل العميل بالضوابط السابقة.

والمقصود في هاتين الطريقتين أن المعدات تكون في ضمان البنك بحيث إن هلكت هلكت في ماله وليس في مال المستأجر، ويكون قبض العميل ـ في حالة التوكيل ـ لتلك المعدات قبض أمانة لا يضمن إلَّا عند التعدي أو التقصير أو مخالفة الشروط.

وهناك ملاحظة ثانية: أن هذا العقد يتضمن شرط البيع في صلبه وهذا يفسده.

للإجابة عن ذلك إن هذه المسألة خلافية ـ كما ستأتي ـ ولكن ترد الشبهة من جانب آخر أن عقد البيع الذي تضمنه العقد مشروط بانتهاء مدة الإجارة، وفراغ ذمة المستأجر من كل ما يجب عليه وهذا لا يصح شرعاً؛ لأن البيع من العقود التي لا تقبل التعليق، ولا تصح إضافتها إلى المستقبل[1].

وهناك بديل لهذه الحالة يتمثل في صياغة هذه الاتفاقية بين البنك وعميله بطريقة الوعد، أو الوعدين الواردين على محلين مختلفين، وذلك لإنشاء الإجارة أولاً، ثمَّ لإنشاء البيع ثانياً، ثمَّ يتمّ عقد الإجارة

---

(١) شرح المجلة العدلية لخالد الأتاسي (١/ ٢٣٤)؛ ويراجع: بحوث في قضايا فقهية معاصرة للشيخ تقي العثماني، ط دار العلوم، كراتشي (ص٢١١).

عندما يتم شراء الشيء المراد استئجاره من غير أن يذكر فيه اشتراط البيع للمستأجر، ثم يتم عقد البيع في وقته من غير شرط فيكون العقدان خاليين عن شرط فتتكوّن الاتفاقية من:

١ ـ توكيل البنك للعميل بشراء المعدات.

٢ ـ وعد العميل باستئجارها بعد التسلم والتركيب.

٣ ـ وعد البنك للعميل ببيعها بعد انتهاء مدة الإجارة[١].

٤ ـ قيام البنك بشراء المعدات فعلاً، ثم تأجيرها.

الإجارة مع شراء تدريجي للعين المؤجرة:

قد يتفق البنك في الاتفاق المبدئي (الوعد، أو الوعدين) على أن العميل يشتري مباشرة من البنك (الممول المؤجر) ٥٠٪ من الشيء المستأجر، أو أية نسبة منه بمبلغ نقدي أو مؤجل عن طريق المرابحة، ثمَّ يؤجر البنك ما يملكه للمستأجر على أن ينتهي بالتمليك حسب الصور التي ذكرناها.

وقد يتم التوافق على أن يكون تمليك النصف، مثلاً بعد سنة، ثمَّ بعد سنتين يتم تمليك نصف الباقي (أي: ربع الكل)، ثمَّ في السنة الثَّالثة تمليك الكل، ويبقى البنك مالكاً مؤجراً لحصته، وكلما قلت نسبته من العين المؤجرة قلت أجرته لحصته، وتوزع حسب النسب منها.

كل هذه الصور لا مانع منها شرعاً إذا توافرت الشروط المطلوبة من أهمها:

١ ـ أن تتم عملية التمليك الجزئي بعقد مستقل في وقته ولا يتضمن عقد الإيجار نفسه ذلك، ولكن لا مانع أن يصاغ ذلك عن طريق الوعد، أو وعدين واردين على أمرين مختلفين ـ كما سبق ـ، منفصلاً عن عقد الإجارة.

---

(١) المراجع السابقة.

٢ ـ إبرام عقد جديد مع المستأجر السابق عند شراء المستأجر نسبة من الشيء المستأجر تحدد فيه الأجرة الجديدة على ضوء تغير نسبة الملكية.

والبنوك الإسلامية تلاحظ في الإجارة المنتهية بالتمليك نوعية السلع من حيث إنها هل هي من السلع التي تتحسن قيمتها وتزداد مع مرور الزمن كما في العقارات، أو السلع التي تقل قيمتها مع مرور الزمن كما في السيارات والطائرات ونحوها؟ ففي النوع الأخير تحتاط لعدم استرجاعها إليها أكثر من النوع الأوَّل الذي حتى لو استرجع لا تتضرر بل قد تربح.

المبادىء الإسلامية والضوابط الأساسية للإيجار المنتهي بالتمليك

*** وقد صدر بذلك قرار مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن المؤتمر الإسلامي في دورته الثَّالثة بخصوص ما يجري في البنك الإسلامي للتنمية وهذا نصه:**

الحمد لله ربّ العالمين، والصَّلاة والسَّلام على سيِّدنا محمَّد خاتم النبِّيين وعلى آله وصحبه.

قرار رقم (١)
بشأن استفسارات البنك الإسلامي للتنمية

إنَّ مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الثَّالث بعمان عاصمة المملكة الأردنية الهاشمية من ٨ ـ ١٣ صفر ١٤٠٧هـ/ ١١إلى ١٦ أكتوبر ١٩٨٦م.

ـ بعد دراسة مستفيضة ومناقشات واسعة لجميع الاستفسارات التي تقدم بها البنك إلى المجمع، انتهى إلى ما يلي:

(ب) بخصوص عمليات الإيجار:

قرر مجلس المجمع اعتماد المبادىء التالية فيها:

ـ **المبدأ الأوَّل**: أن الوعد من البنك الإسلامي للتنمية بإيجار المعدات إلى العميل بعد تملك البنك لها أمر مقبول شرعاً.

ـ **المبدأ الثَّاني**: أن توكيل البنك الإسلامي للتنمية أحد عملائه بشراء ما يحتاجه ذلك العميل من معدات وآليات ونحوها مما هو محدد الأوصاف والثمن لحساب البنك بغية أن يؤجره البنك تلك الأشياء بعد حيازة الوكيل لها هو توكيل مقبول شرعاً، والأفضل أن يكون الوكيل بالشراء غير العميل المذكور إذا تيسر ذلك.

ـ **المبدأ الثَّالث**: أن عقد الإيجار يجب أن يتم بعد التملك الحقيقي للمعدات وأن يبرم بعقد منفصل عن عقد الوكالة والوعد.

ـ **المبدأ الرَّابع**: أن الوعد بهبة المعدات عند انتهاء أمد الإجارة جائز بعقد منفصل.

ـ **المبدأ الخامس**: أن تبعة الهلاك والتعيب تكون على البنك بصفته مالكاً للمعدات ما لم يكن ذلك بتعد أو تقصير من المستأجر فتكون التبعة عندئذٍ عليه.

ـ **المبدأ السَّادس**: أن نفقات التأمين لدى الشركات الإسلامية كلما أمكن ذلك، يتحملها البنك.

(ج) بخصوص عمليات البيع بالأجل مع تقسيط الثمن:

قرر مجلس المجمع اعتماد المبادىء التالية فيها:

المبدأ الأوَّل: أن الوعد من البنك الإسلامي للتنمية ببيع المعدات إلى العميل بعد تملك البنك لها أمر مقبول شرعاً.

المبدأ الثَّاني: أن توكيل البنك أحد عملائه بشراء ما يحتاجه ذلك العميل من معدات وآليات ونحوها مما هو محدد الأوصاف والثمن لحساب البنك، بغية أن يبيعه البنك تلك الأشياء بعد وصولها وحصولها في يد

الوكيل، وهو توكيل مقبول شرعاً. والأفضل أن يكون الوكيل بالشراء غير العميل المذكور إذا تيسر ذلك.

المبدأ الثَّالث: أن عقد البيع يجب أن يتم بعد التملك الحقيقي للمعدات والقبض لها، وأن يبرم بعقد منفصل.

فتوى هيئة الرقابة الشرعية لبيت التمويل الكويتي، ص٦٤٠:

السؤال: يقوم بيت التمويل الكويتي بشراء أصول مثل السيارات والطائرات والسفن، وعند تملّكها يؤجرها لشركات محلية ودولية، مقابل أجرة شهرية أو ربع سنوية، وفي هذه الحالة هناك أسلوبان متّبعان في تحديد أسلوب التسجيل المحاسبي، الأوَّل التأجير التشغيلي، والثَّاني التأجير التمويلي، فيرجى إفادتنا عن الجانب الشرعي لهذا الموضوع؟

نصّ المذكرة المقدمة لهيئة الفتوى:

السيِّد أمين سرّ هيئة الفتوى والرَّقابة الشرعيَّة المحترم:

السَّلام عليكم ورحمة الله وبركاته،

برجاء عرضه على الهيئة الشرعيَّة:

مقدمة: تعتبر المحاسبة شرحاً رقمياً لأعمال المؤسسات، بحيث تظهر رأسمال الشركة وأصولها وخصومها وإيرادها ومصروفها وصافي الناتج من أعمالها.

ويحرص محاسبو الشركات والمدققون الخارجيون على أن تكون حسابات الشركة تشرح بصورة واقعية أعمال الشركة، حيث إن هذه الحسابات (الميزانية السنوية) تعتبر من أهمّ وسائل معرفة ملاك الشركة (المساهمين)، والمشاركين (أصحاب الودائع الاستثمارية)، والدائنين لحقيقة أوضاع الشركة من حيث المتانة الاقتصادية ونوعية الاستثمارات ودرجة المخاطر التي تعرض لها هذه الشركة.

وتوجد معايير محاسبية لإظهار العمليات الاستثمارية بصورة تبين واقعها والتي يجب الالتزام بها ما أمكن ذلك، بما لا يخالف الشريعة بالنسبة للمؤسسات الإسلامية.

يقوم بيت التمويل الكويتي بشراء أصول مثل السيارات والطائرات والسفن وبعد تملكها يؤجرها على شركات محلية ودولية مقابل أجرة شهرية أو ربع سنوية، وفي هذه الحالة هناك أسلوبان متبعان في تحديد أسلوب التسجيل المحاسبي.

الأسلوب الأوَّل: (التأجير التشغيلي):

في هذه الحالة يكون المؤجر متحملاً لمخاطر الملكية، ومسؤولاً عن الأصل، والتسجيل المحاسبي في هذه الحالة يكون بقيد الاستثمار كأصل ثابت، مثل (سيارات ـ سفن)، ويقوم بتسجيل الإيجار كإيجار محصل (عائد إيجار) كما يحتاط لتناقص قيمة الأصل بمرور السنين بتكوين مخصص استهلاك.

إن هذا الأسلوب ممكن من الناحية الشرعية والعملية، إلَّا أنه لا يمكن اتباعه في جميع أنواع عقود الإجارة، حيث إنه لا يطبق في عقود الإجارة التي تتضمن اتفاقاً بنقل ملكية الأصل في نهاية فترة العقد، أو تحمل المستأجر لكل المخاطر المترتبة على استخدام الأصل، سواء كانت بسبب المستأجر أو كوارث عامة.

الأسلوب الثَّاني: (التأجير التمويلي):

في حالة تحمل المستأجر لجميع المخاطر والمنافع الناتجة من ملكية الموجود، سواء انتقلت الملكية فعلاً في نهاية المدة أم لا، فإن الأصل المؤجر لا يظهر في دفاتر المالك (المؤجر)، وإنما يسجل مديونية على المستأجر، وتشمل هذه المديونية تكلفة الأصل والعوائد.

وعند تسلم الإيجار الشهري، يتم تخفيض قيمة الدين بالجزء المسلّم، بينما يظهر الأصل المستأجر في دفاتر المستأجر، وهذا الأسلوب في التسجيل يجب اتباعه إذا كان هنالك ترتيب بنقل الملكية في نهاية عقد الإيجار وذلك وفقاً لمعايير المحاسبة الدولية.

إن إتباع هذه الطريقة في التسجيل ينتج عنه معالجة عملية التأجير بأسلوب مشابه إلى حد كبير لعقود البيع، حيث يختفي الأصل من الدفاتر وتنشأ مديونية على المستأجر، وقد رأينا أن نعرض هذا الموضوع على هيئة الرقابة الشرعية الموقرة، لإفادتنا عن الجانب الشرعي حيث إن هذا الأسلوب قد لا يتفق وطبيعة أو حقيقة العقد كعقد إجارة، كما أن مدقق الحسابات الخارجي يلزمنا باتباع هذا الأسلوب ما لم يكن هنالك فتوى شرعية بعدم استخدام هذه الطريقة في التسجيل. جزاكم الله خيراً. والله ولي التوفيق.

الجواب: بعد أن اطّلعت الهيئة على المذكرة المقدمة من الإدارة المعنية توضح بها الطريقتين (التأجير التشغيلي والتأجير التمويلي) ترى الهيئة أن الطريقتين كلتيهما صحيحتان، وتعتبران عقد إجارة، ولهما أحكام الإجارة ولا يجوز العدول عن التسجيل المطابق لواقع العقود، إذ أن الأعيان المؤجرة لم تزل على ملك بيت التمويل الكويتي، والواقع يقتضي أن تسجل أصولها لبيت التمويل الكويتي، أما إذا سجلت للمستأجر (وكالة) فإن بدل الإيجار الذي يتقاضاه المؤجر سيكون فائدة ربوية وأكل لأموال الناس بالباطل.

التأصيل الفقهي للإجارة المنتهية بالتمليك

أولاً: أسئلة وملاحظات وشبهات مع محاولة الإجابة عنها:

يثور حول عقد الإجارة المنتهي بالتمليك من حيث الجملة عدَّة أسئلة وملاحظات ينبغي الإجابة عنها، وتوضيحها حتى تكون الصورة واضحة من الناحية الفقهية.

ومن هذه الأسئلة والملاحظات ما يلي:

الأولى: أليس هذا العقد جديداً أم أنه تطوير لعقد الإجارة؟

الثانية: أليس هذا العقد داخلاً في العناية بالألفاظ والعبارات؟ وبعبارة أخرى: ما علاقته بقاعدة: العبرة في العقود بالقصود والمعاني لا بالألفاظ والمباني؟ وهل الغالب في الفقه الإسلامي العناية بالدلالات وما يفهم من العبارة أو بظاهر الألفاظ؟

الثالثة: وما حكم الشرع في الجمع بين صفقتين في صفقة واحدة، ألم يرد فيها نهي؟

الرابعة: إن هذا العقد يتضمن الوعد فهل هو ملزم أم لا؟

الخامسة: إن هذا العقد في معظم حالاته يتضمن التأمين على الأشياء والمعدات المستأجرة؟

السادسة: إن هذا العقد يتضمن شروطاً قد تفسد العقد، منها اشتراط البيع في الأخير بعد انتهاء عقد الإجارة؟ أي: اشتراط البيع في الإجارة في بعض صوره.

السابعة: إن في بعض صوره إجارة قبل التملك وإجارة قبل القبض؟

الثامنة: ما الحكم في أن الثمن الذي يحدد في بعض صوره يكون رمزياً، أو هبة؟

التاسعة: إشكالية حول ما يسمى بالأجرة العادلة إذ الأجرة فيها أكبر من حجمها الحقيقي.

العاشرة: أليس هذا العقد عبارة عن حيلة، وليس حقيقيًّا؟ فالمستأجر في حقيقته وقصده وإرادته الحصول على ملكية العين من البداية، والمؤجر (الممول) لا يريد من حيث الحقيقة والأساس شراء العقار والمصنع أو المعدة، وإنما يريد الربح من خلال العملية؟ وبالتالي فهي تخالف مقاصد الشريعة.

وكل هذه الأسئلة لها علاقة بهذا العقد، فإذا أجيب عنها بأجوبة مقنعة فإن التأصيل الفقهي له يكون ميسوراً.

١ ــ الإجابة عن السؤال الأوَّل:

إن الإيجار المنتهي بالتمليك ليس عقداً جديداً في حقيقته، وإنما هو نوع من التطوير الذي اهتدت إليه المؤسسات المالية للإستفادة منه كوسيلة مربحة أقل مخاطر لتمويل المشروعات والصناعات والمعدات يستفيد منها المتعاملون معها لشراء تلك المعدات في المستقبل عبر عقد الإجارة ــ كما سبق ــ.

ثمَّ إنه حتى لو كان عقداً جديداً فلا مانع منه شرعاً ما دام لا يصطدم مع نص شرعي من الكتاب والسُّنَّة والاجماع، وذلك لأن الأصل في العقود والشروط هو الإباحة، وليس هناك مانع شرعي من إحداث أي عقد جديد بشرط واحد وهو أن لا يخالف نصًّا من الكتاب والسُّنَّة أو الإجماع[١].

٢ ــ للإجابة عن السؤال الثَّاني:

نقول: إن المقصود بالقاعدة هو أنه ينظر في العقود إلى المعنى العام المفهوم من الجملة، ولا يقتصر النظر على كلمة واحدة منها، وإلى المقصد العام منها، فلو قال شخص وهبتك هذه الدار بألف دينار مثلاً فهل ينظر إلى لفظ الهبة التي يتناقض معناها مع تقييدها بألف دينار، حيث إن معناها العطاء دون مقابل، وحينئذ يلغى تماماً العقد، أو يلغى القيد فتكون هبة، أو ينظر إلى المعنى المفهوم من الجملة وهو الدفع في مقابل شيء فيكون بيعاً لأن البيع هو مبادلة المال بالمال، وحينئذٍ لا قيمة لمعنى لفظ مجرد،

---

(١) يراجع للفصيل في هذه المسألة والتحقيق فيها: مبدأ الرضا في العقود، ط دار البشائر، ١٩٨٥ (٢/ ١١٦٤).

وإنما العبرة بالمعنى العام المفهوم من الجملة بكاملها، وبالقصد العام منها، وهو البيع[1].

وأما القصد من الشيء فهو معتبر عند الجميع لحديث: (إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرىء ما نوى)[2]، وقد انبثقت منه القاعدة المعروفة: (الأمور بمقاصدها)[3].

قال ابن القيم: (ومن تدبّر مصادر الشرع تبين له أن الشارع ألغى الألفاظ التي لم يقصد المتكلم بها معانيها، بل جرت على غير قصد منه، ومن قواعد الشرع التي لا يجوز هدمها أو هدرها أن المقاصد والاعتقادات معتبرة في التصرُّفات والعبارات كما هي معتبرة في التقربات والعبادات، ودلائل هذه تفوق الحصر...)[4].

لكن هذه القاعدة بهذا المعنى لا تنطبق على موضوع الإجارة المنتهية بالتمليك، إذ إن عقدها لا يذكر فيها ألفاظ البيع، وإنما يذكر منفصلاً ومستقلًّا عن العقد الوعد بالبيع، أو حتى العقد كملحق، ولكن الذي تنطبق على الإجارة المنتهية بالتمليك هو مدى رعاية القصود والنيات أم رعاية الألفاظ والعبارات، فهذا العقد وإن كان قد صيغ بصياغة الإجارة وشروطه لكن مقصود العاقدين هو التملك والتمليك، فالمؤجر لا يريد أن يحتفظ بالعين المؤجرة إلَّا لفترة زمنية محددة يسترجع فيه ثمنها مع الأرباح، والمستأجر لا يريد الإجارة لذاتها وإنما يريد تملكها، ولكن بما أنه لا يملك السيولة الكافية، أو لأي سبب آخر يختار الإجارة المنتهية بالتمليك، وحتى هذه النية

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٢٠٧).

(٢) الحديث صحيح متفق عليه، انظر: صحيح البخاري مع فتح الباري (١/ ١٢)؛ ومسلم (٣/ ١٥١٥)؛ وسنن أبي داود مع عون المعبود (٦/ ٢٨٤)؛ والنسائي (١/ ٥١).

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي، ط دار الكتاب العربي ببيروت (ص٣٨).

(٤) إعلام الموقعين (٣/ ١٠٩ ـ ١١٢).

ليست مما يمكن الاستدلال عليها بل تدل عليها الظروف المحيطة بالعقد، ونوعية أقساط الإجارة ـ حيث تكون أكثر من الأجرة العادية ـ وبيع العين المستأجرة الذي يتم بثمن رمزي في الغالب لا يمثل قيمتها السوقية.

فقد ثار خلاف بين الفقهاء حول تغليب النيات والقصود على الألفاظ والعبارات ودلالاتها على رأيين:

الرأي الأوَّل: هو الاعتناء بالألفاظ والعبارات، ولذلك صححوا ـ بيع العينة ونحوه ـ، وهذا رأي الشافعية وأبي يوسف من الحنفية، في حين ذهب الجمهور إلى عدم صحة بيع العينة[1]، والجميع متفقون على حرمتها إذ أراد عاقدها التحايل على الربا، وإنما الخلاف فيما عدا ذلك وفي الصحة والبطلان.

وقد استدل المجيزون بالكتاب والسُّنَّة والآثار والقياس:

أما الكتاب فهو الآيات الواردة بخصوص وجوب الوفاء بالعقود، وهي ليست إلَّا الإيجاب والقبول مع توافر بقية الأركان والشروط، وليس في هذه الآيات ما يشير إلى وجوب الكشف عن نية العاقد، وغرضه مادام الظاهر مشروعاً.

وأما السُّنَّة فمنها ما رواه الشيخان في صحيحيهما بسنديهما أن رسول الله ﷺ قال: «**إن الله تجاوز عن أمتي ما حدّثت به أنفسها ما لم تعمل،**

---

(١) بيع العينة هو: أن يبيع شخص شيئاً لآخر بمبلغ ألف دينار مثلاً مؤجلاً، ثمَّ يشتريه منه بتسعمائة حالاً، فأصبح في ذمة المشتري الأوَّل ألف دينار بينما لم يستلم إلَّا تسعمائة دينار فقط. يراجع في تفصيل مسألة العينة: فتح القدير مع شرح العناية (٥/ ٢٠٨)؛ والفتاوى الهندية (٣/ ٢٠٨)؛ وبداية المجتهد (٢/ ١٤٠)؛ وشرح الكبير مع الدسوقي (٣/ ٧٦)؛ والخرشي على المختصر (٥/ ١٠٥)؛ والأم (٣/ ٣٤)؛ والروضة (٣/ ٣٧٤)؛ والمغني لابن قدامة (٤/ ٦٢، ١٩٣)؛ ومجموع الفتاوى لشيخ الإسلام (٢٩/ ٣٠)؛ وإعلام الموقعين (٣/ ١٢٨).

أو تتكلّم»[١]، والحديث واضح في دلالته على أن المعتبر هو القول، أو الفعل، قال الشافعي: (إن الله تعالى أمره ـ أي: النبي محمَّداً ﷺ ـ أن يحكم على الظاهر...)[٢].

وأما **الآثار** فهي مروية عن زيد بن أرقم حيث يرى جواز ذلك[٣].

أما القياس فهو يقتضي صحة هذا العقد لأنه تتوافر فيه الشروط والأركان، وأيضاً لو فتح باب الباطن لأدى إلى الفوضى والاضطراب.

واستدل المانعون بقول النبي ﷺ: «**إن ضنَّ الناس بالدينار والدرهم وتبايعوا بالعين واتبعوا أذناب البقر، وتركوا الجهاد في سبيل الله أنزل الله بهم بلاء فلا يرفعه حتى يراجعوا دينهم**»[٤]. كما استدلّوا بأحاديث أخرى تدل بوضوح على بطلان بيع العينة ونحوها مما فيه نوع من التحايل، وهي بمجموعها تخصص الآيات والأحاديث التي استدل بها الشافعية ومن معهم، ولذلك فالراجح هو قول الجمهور[٥] في أن القصد معتبر في المعاملات أيضاً ولا سيما إذا ظهر ذلك من خلال القرائن والظروف المحيطة به، وكلام الشافعي ـ رحمه الله ـ محمول على النية الكامنة في النفس التي لا يدل عليها دليل، أما إذا كانت الظروف والقرائن كلها تدل بشكل واضح على أن البائع لم يرد البيع، وإنما جعله وسيطاً للحصول على الزيادة، ووسيلة إلى الربا فهو بلا شك ينبغي القول ببطلانه وحرمته.

---

(١) صحيح البخاري ـ مع الفتح ـ كتاب الطلاق (٩/ ٣٨٨)؛ ومسلم، كتاب الإيمان (١/ ١١٦)؛ ومسند أحمد (٢/ ٢٥٥).

(٢) الأم (٥/ ١١٣ ـ ١١٤).

(٣) المصدر السابق (٣/ ٦٨).

(٤) مسند أحمد (٢/ ٨٤)؛ وأبو داود ـ مع العون ـ البيوع (٩/ ٣٥٥).

(٥) ويراجع لمزيد من التفصيل والمناقشة: مبدأ الرضا في العقود دراسة مقارنة (٢/ ١٢٢٧ ـ ١٢٣٨).

لكن علاقة هذه القاعدة بالإجارة المنتهية بالتمليك يمكن أن تكون محل نظر من حيث إن النية في بيع العينة نية سيئة، يراد من خلالها الوصول إلى الربا، أما القصد وراء الإجارة المنتهية بالتمليك فهو البيع وهو مشروع كالإجارة، ـ إذن ـ لا يبقى حرج في هذا المجال، وذلك قد يقال إن في ذلك حيلة لأن العلماء قالوا في باب الحيل إنما تكون محرمة إذا كانت وسيلة إلى محرم، أو إلى التخلص عن مقتضيات نص شرعي، أما إذا كانت الغاية مشروعة، والوسيلة مشروعة فإن ذلك جائز.

وقد ذكر ابن القيم أنواعاً كثيرة من الحيل المشروعة فقال: « (القسم الثَّالث): أن يحتال على التوصل إلى الحق، أو على دفع الظلم بطريقة مباحة لم توضع موصلة إلى ذلك، بل وضعت لغيره، فيتخذها هو طريقاً إلى هذا المقصود الصحيح... ونذكر لذلك أمثلة منها: إذا استأجر منه داراً مدة سنتين بأجرة معلومة فخاف أن يغدر به المكري في آخر المدة ويتسبب إلى فسخ الإجارة بأن يظهر أنه لم تكن له ولاية الإيجار، أو أنه كان مؤجراً قبل إيجاره... فالحيلة في التخلص من هذه الحيلة أن يضمنه المستأجر دَرَكَ العين المؤجرة له، أو لغيره، فإذا استحقت، أو ظهرت الإجارة فاسدة رجع عليه بما قبضه منهن أو يأخذ إقرار من يخاف منه بأنه لا حق في العين، وأن كل دعوى يدعيها بسببها فهي باطلة، أو يستأجرها منه بمائة دينار مثلاً ثمَّ يصارفه كل دينار بعشرة دراهم، فإذا طالبه بأجرة المثل طالبه هو بالدنانير التي وقع عليها العقد...

ومنها: أنه لا يجوز استئجار الشمع ليشعله لذهاب عين المستأجر، والحيلة في تجويز هذا العقد أن يبيعه من الشمعة أواقي معلومة، ثمَّ يؤجره إياها، فإن كان الذي أشعل منها ذلك القدر، وإلا احتسب له بما أذهبه منها، قال ابن القيم: (وأحسن هذه الحيلة أن يقول: بعتك من هذه الشمعة كل أوقية منها بدرهم، قلّ المأخوذ منها أو كثر، وهذا جائز على أحد القولين في مذهب الإمام أحمد، واختاره شيخنا، وهو الصواب...،

بل عمل الناس في أكثر بيوعاتهم عليه، ولا يضر كمية المعقود عليه عند البيع، لأن الجهالة المانعة من صحة العقد هي التي تؤدي إلى القمار والغرر، ولا يدري العاقد على أي شيء يدخل، وهذه لا تؤدي إلى شيء من ذلك، بل إن أراد قليلاً أخذ، والبائع راضٍ، وإن أراد كثيراً أخذ والبائع راضٍ، والشريعة لا تحرم مثل هذا ولا تمنع منه، بل هي أسمح من ذلك وأحكم).

ثمَّ صرح ابن القيم بأنه لا محذور في الجمع بين الإجارة والبيع، فقال: فإن قيل لكن في العقد على هذا الوجه محذوران:

أحدهما: تضمنه للجمع بين البيع والإجارة، والثَّاني أن مورد عقد الإجارة يذهب عينه، أو بعضه بالإشعال.

قيل: لا محذور في الجمع بين عقدين كل منهما جائز بمفرده كما لو باعه سلعة وأجره داره شهراً بمائة درهم، وأما ذهاب أجزاء المستأجر بالانتفاع فإنما لم يجز؛ لأنه لم يتعوض عنه المؤجر، وعقد الإجارة يقتضي رد العين بعد الانتفاع، أما هذا العقد فهو عقد بيع يقتضي ضمان المتلف بثمنه الذي قدر له وأجره وانتفاعه بالعين قبل الإتلاف، فالأجرة في مقابلة انتفاعه بها مدة بقائها، والثمن في مقابلة ما أذهب منها، فدعونا من تقليد آراء الرجال، ما الذي حرم هذا؟ وأين هو من كتاب الله وسُنَّة رسوله، وأقوال الصحابة أو القياس الصحيح) »[1].

ولكن تبقى علاقتها بهذه القاعدة من حيث إنه إذا اعتمدنا على القصد فيعتبر العقد من حيث القصد والمآل عقد بيع وحينئذٍ تطبق عليه أحكام البيع، كما هو الحال في القانون، وإذا اعتمدنا على الألفاظ فيعتبر العقد عقد إجارة فتطبق عليه أحكام الإجارة، غير أنه مما يجدر التنبيه عليه أن الفقه الإسلامي يشترط بجانب القصد الصيغة الدالة على العقد، فإذا لم توجد فلا يمكن أن

---

(١) إعلام الموقعين، ط الأزهرية (٤/ ٣٣٧ ـ ٣٤٢).

يتحقق العقد لعدم توافر أركانه الأساسية، ومن هنا فلا يعتبر ما ذكرناه عقد بيع تطبق عليه أحكامه. هذا والله أعلم.

٣ ـ الجواب عن السؤال الثالث: ـ بأن الإجارة المنتهية بالتمليك تدخل في باب صفقتين في صفقة واحدة وهي منهي عنها، حيث ورد في حديث ابن مسعود رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ: «**نهى عن صفقتين في صفقة واحدة**» ـ[١].

والجواب عن ذلك من وجوه:

الوجه الأوَّل: أن هذا إنما ينطبق في صورة واحدة يُذكر في عقد الإجارة المنتهية بالتمليك البيعُ والإجارةُ معاً، في حين أن معظم صورها لا يُذكر في نفس العقد إلَّا الإجارةُ فقط.

الوجه الثَّاني: أن هذا الحديث مرفوعاً بهذا اللفظ ضعيف[٢]، وإنما الثابت هو الموقوف على ابن مسعود رضي الله عنه كما ثبت أيضاً حديث: (لا يحل بيع وسلف)[٣]، وحديث: (النهي عن بيعتين في بيعة)[٤]، وعلى ضوء ذلك لا يدخل عقد الإجارة في الموضوع لأن النهي عن البيع، والسلف، أو عن البيعتين، فلا يشمل الإجارة والبيع.

---

(١) رواه بهذا اللفظ مرفوعاً: أحمد في مسنده (١/ ٣٩٨)؛ ورواه موقوفاً على ابن مسعود (١/ ٣٩٣) بلفظ: «**لا تصلح صفقتان في صفقة واحدة**».

(٢) يراجع: إرواء الغليل للشيخ الألباني (٥/ ١٤٩ ـ ١٥١).

(٣) رواه الحاكم في المستدرك وصححه ٢/ ١٧)؛ والنسائي في سننه (٥/ ٢٩٥)؛ وأحمد في مسنده (٢/ ١٧٩)؛ والبيهقي في السنن الكبرى (٥/ ٣٤٣)؛ والترمذي وقال: (حسن صحيح)؛ تحفه الأحوذي (٤/ ٤٣٣)؛ والمستدرك (٢/ ١٧).

(٤) رواه الترمذي وصححه في سننه ـ مع تحفة الأحوذي ـ (٤/ ٤٢٧ ـ ٤٢٩)؛ ومالك في الموطأ (ص٤١٤)؛ والنسائي في سننه (٧/ ٢٩٥ ـ ٢٩٦)؛ والحاكم في المستدرك (٢/ ١٧)؛ وقال: صحيح على شرط مسلم ووافقه الذهبي.

الوجه الثَّالث: أن التفسير الراجح لهذا الحديث هو ماذكره راوي الحديث نفسه وهو ابن مسعود رضي الله عنه حيث ثبت أنه قال: (لا تصلح الصفقتان في الصفقة: أن يقول هو بالنسئية بكذا وكذا، وبالنقد بكذا وكذا)[١]، وهذا التفسير أيضاً مروي عن سفيان الثوري، وسماك، وعبد الوهاب بن عطاء وأبي عبيد وابن سيرين، والنسائي، وابن حبان، ومالك، وبعض أهل العلم حسب تعبير الترمذي[٢].

وقد حققنا في بحث لنا أن المراد بهذه الأحاديث هو ذلك التفسير السابق إضافة إلى النهي عن الجمع بين السلف والبيع في عقد واحد وذلك لأنه يؤدي إلى السريان، وإلى استغلال عقد القرض، أو السلم للوصول إلى زيادة لم تكن تتحقق لولاه، فحرم الإسلام ذلك قطعاً لكل وسيلة تحايل تؤدي إلى المحرمات من ربا وغيره[٣]. قال ابن القيِّم: (هذا الحديث أصل من أصول المعاملات، وهو نص في تحريم الحيل الربوية)، ثمَّ قال: (وأما السلف والبيع، فلأنه إذا أقرضه مائة إلى سنة، ثمَّ باعه ما يساوي خمسين بمائة فقد جعل البيع ذريعة إلى الزيادة في القرض الذي موجبه رداً لمثل، ولولا هذا البيع لما أقرضه، ولولا عقد القرض لما اشترى ذلك. . .)[٤]، ويلحق في الحرمة بما سبق كل عقد من عقود المعاوضات المالية كالإجارة إذا اقترن بالسلف، بأن يجمعهما عقد واحد[٥].

---

(١) رواه عبد الرزاق (٨/ ١٣٨).

(٢) مصنف عبد الرزاق (٨/ ١٣٨)؛ والسنن الكبرى للبيهقي (٥/ ٣٤٣)؛ والترمذي مع تحفة الأحوذي (٤/ ٤٢٨)؛ ونيل الأوطار للشوكاني (٦/ ٢٨٧ ـ ٢٩٦).

(٣) يراجع لمزيد من التفصيل: بحث د. علي القره داغي حول: أحاديث النهي عن صفقتين في صفقة واحدة، دراسة تحليلية، المنشور في مجلة بحوث السنة والسيرة العدد ١٥ (ص٢٩٥ ـ ٣٤٠).

(٤) شرح ابن القيم على سنن أبي داود بهامش عون المعبود (٩/ ٤٠٥ ـ ٤٠٧).

(٥) يراجع د. علي القره داغي: بحثه المستقل.

والخلاصة: أن الجمع بين الإجارة والبيع جائز، لا يدخل في هذه الأحاديث الواردة في النهي عن الصفقتين في صفقة واحدة، لما ذكرناه، ومن هنا فلو تضمنهما العقد لما كان عقداً منهياً عنه ولا عقداً فاسداً أو رباً باطلاً، وقد نصَّ جماعة من الفقهاء منهم المالكية على جواز الجمع بين الإجارة والبيع في صفقة واحدة[1]، ومنهم الشافعية[2]، والحنابلة[3].

٤ ـ الإجابة عن السؤال الرابع: عن مدى إلزامية الوعد والمواعدة:

فالوعد (أو العِدَّة) هو الإخبار عن إنشاء المخبر معروفاً في المستقبل[4]، فهو تصرف شرعي قولي يتم بإرادة منفردة.

وأما المواعدة ـ فهي المشاركة في الوعد من شخصين، وذلك بأن يعلنا عن رغبتهما في إنشاء عقد في المستقبل تعود آثاره عليهما، وقد ذكر الفقهاء المواعدة في عدَّة أماكن منها المواعدة على بيع النكاح في العِدَّة، والمواعدة في الصرف، والمواعدة على بيع الطعام قبل قبضه، والمواعدة على بيع الإنسان ما ليس عنده وغير ذلك[5].

والموعدة تختلف عن العقد الذي هو إنشاء للإلتزام في الحال، في حين أن المواعدة عبارة عن وعد بين طرفين بإنشاء العقد في المستقبل.

وقد ثار الخلاف بين الفقهاء في إلزامية الوعد على عدَّة آراء:

١ ـ منها رأي الجمهور القاضي بعدم إلزامية الوعد.

---

(١) الذخيرة للقرافي (٥/ ٤١٥).
(٢) مغني المحتاج (٢/ ٤١).
(٣) منتهى الإرادات (٢/ ٢١).
(٤) فتح العلي المالك (١/ ٢٥٤)؛ وتحرير الكلام في مسائل الالتزام (ص١٥٣).
(٥) يراجع مواهب الجليل (٣/ ٤١٣)؛ وشرح الخرشي (٥/ ٣٨)؛ والمحلى لابن حزم (٨/ ٥١٣).

٢ ـ ومنها رأي ابن شبرمة وبعض المالكية الذين يقولون بأن الوعد كله لازم، وهو رأي القاضي سعيد بن أشوع الكوفي الهمذاني، قال البخاري: (وقضى ابن الأشوع بالوعد، وذكر ذلك عن سمرة بن جندب)، وأنَّ ابن راهوية يقول به[١].

٣ ـ ومنها القول المشهور والراجح في مذهب مالك الذي عزاه القرافي إلى مالك، وابن القاسم، وسحنون حيث يقولون بأن الوعد ملزم قضاء وديانة إذا كان مرتبطاً بسبب، ودخل الموعود في السبب، قال سحنون: (الذي يلزم من الوعد قوله: اهدم دارك وأنا أسلفك ما تبني به، أو اخرج إلى الحج وأنا أسلفك، أو اشتر سلعة، أو تزوج امرأة وأنا أسلفك، لأنك أخلفته بوعدك في ذلك، أما مجرد الوعد فلا يلزم به، بل الوفاء به من مكارم الأخلاق. . .)، ثمَّ قال القرافي: (بذلك قضى عمر بن عبد العزيز)[٢].

بل إن هذا الرأي التجأ إليه متأخرو الحنفية على الرغم من أن قدماءهم لا يقولون بذلك فقد جعل متأخروهم عدَّة مواعيد لازمة، جاء في حاشية ابن عابدين في مطلب الشرط الفاسد: (قلت وفي جامع الفصولين: لو ذكر البيع بلا شرط، ثمَّ ذكر الشرط على وجه العقد جاز البيع، ولزم الوفاء بالوعد، إذ المواعيد قد تكون لازمة فيجعل لازماً لحاجة الناس. . .)، ثمَّ نقل عن الفتاوى الخيرية للرملي أن علماء الحنفية صرحوا بأن العاقدَين لو ذكرا البيع بلا شرط ثمَّ ذكرا الشرط على وجه العدة جاز البيع، ولزم الوفاء

---

(١) صحيح البخاري ـ مع الفتح ـ، ط السلفية (٥/ ٢٥٤).

(٢) الفروق (٤/ ٢٤ ـ ٢٥)؛ ويراجع: فتح العلي المالك (١/ ٢٥٤)، وتحرير الكلام للحطاب (ص١٥٣)؛ والبيان والتحصيل: (٨/ ١٨)؛ وفتح الباري (٥/ ٢٩٠)؛ وشرح العيني على البخاري (١/ ٢٥٨)؛ والمحلى لابن حزم (٨/ ٣٧٧)؛ ويراجع لمزيد من التفصيل: مبدأ الرضا في العقود (٢/ ١٠٣٢)؛ وبحث د. نزيه حماد: الوفاء بالوعد، المنشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدة، العدد الخامس (٢/ ٨٢٥).

بالوعد[1]. وأيد ذلك العلامة خالد الأتاسي في شرح المجلة وعلل ذلك بحاجة الناس[2].

ونحن هنا لا نريد الخوض في تفاصيل ذلك، لكن الذي يظهر لنا رجحانه هو القول بإلزامية الوعد ديانة مطلقاً إلَّا لعذر مشروع، وبإلزامية الوعد قضاءً أيضاً إذا ارتبط بسبب أو ترتب عليه ضرر، فهذا هو المناسب مع مقاصد الشريعة، وأدلتها الكثيرة في الكتاب والسُّنَّة القاضية بوجوب الوفاء بالعهود والوعد والعقود، وأن مخالفة الوعد من علامات النفاق، ولذلك استشكل الحافظ ابن حجر قول جماعة من الفقهاء حينما قالوا: (يجب الوفاء بالوعد ديانة لا قضاء، وقول بعضهم: إنه يجب الوفاء بالوعد ديانة لا قضاءً)، وقول بعضهم: (إنه يجب الوفاء تحقيقاً للصدق وعدم الإخلاف)، فقال الحافظ: (وينظر: هل يمكن أن يقال: يحرم الإخلاف، ولا يجب الوفاء؛ أي: يأثم الإخلاف وإن كان لا يلزم بوفاء ذلك)[3] أي: في القضاء.

وقد صدرت عدَّة فتاوى جماعية بهذا الصدد: منها فتوى المؤتمر الأوَّل للمصرف الإسلامي الذي عقد بدبي عام ١٣٩٩هـ مفادها أن وعد عميل المصرف بشراء البضاعة بعد شرائها، ووعد المصرف بإتمام هذا البيع ملزم للطرفين.

ومنها فتوى المؤتمر الثَّاني للمصرف الإسلامي عام ١٤٠٣هـ مفادها: (وأما بالنسبة للوعد وكونه ملزماً للآمر، أو المصرف، أو كليهما فإن الأخذ بالإلزام هو الأحفظ لمصلحة التعامل واستقرار المعاملات، وفيه مراعاة لمصلحة المصرف والعميل، وإن الأخذ بالإلزام أمر مقبول شرعاً، وكل مصرف مخيَّر في أخذ ما يراه في مسألة القول بالإلزام حسب ما تراه هيئة الرقابة الشرعية لديه.

---

(١) حاشية ابن عابدين (٤/ ١٣٥).
(٢) شرح مجلة الأحكام العدلية (٢/ ٤١٥).
(٣) فتح الباري (٥/ ٢٩٠).

وأخيراً صدر قرار من مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن المؤتمر الإسلامي في دورته الخامسة هذا نصه:

قرار رقم ٤٠ ـ ٤١ (٢/ ٥ و٣/ ٥)
بشأن الوفاء بالوعد، والمرابحة للآمر بالشراء

إن مجلس مجمع الفقهي الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الخامس بالكويت من ١ إلى ٦ جمادي الأولى ١٤٠٩هـ ١٠ إلى ١٥ كانون الأوَّل (ديسمبر) ١٩٨٨م.

بعد اطّلاعه على البحوث المقدمة من الأعضاء والخبراء في موضوعي (الوفاء بالوعد، والمرابحة للآمر بالشراء)، واستماعه للمناقشات التي دارت حولهما.

قرر:

أوَّلاً: أن بيع المرابحة للآمر بالشراء إذا وقع على سلعة بعد دخولها في ملك المأمور، وحصول القبض المطلوب شرعاً، هو بيع جائز طالما كانت تقع على المأمور مسؤولية التلف قبل التسليم، وتبعة الرد بالعيب الخفي ونحوه من موجبات الرد بعد التسليم، وتوافرت شروط البيع وانتفت موانعه.

ثانياً: الوعد (وهو الذي يصدر من الآمر أو المأمور على وجه الانفراد) يكون ملزماً للواعد ديانة إلَّا لعذر، وهو ملزم قضاء إذا كان معلقاً على سبب ودخل الموعود في كلفة نتيجة الوعد. ويتحدد أثر الإلزام في هذه الحالة إما بتنفيذ الوعد، وإما بالتعويض على الضرر الواقع فعلاً بسبب عدم الوفاء بالوعد بلا عذر.

ثالثاً: الموعدة (وهي التي تصدر من الطَّرفين) تجوز في بيع المرابحة بشرط الخيار للمتواعدين كليهما أو أحدهما، فإذا لم يكن هناك خيار فإنها لا تجوز؛ لأن المواعدة الملزمة في بيع المرابحة تشبه البيع نفسه، حيث يشترط عندئذٍ أن يكون البائع مالكاً للمبيع حتى لا تكون هناك مخالفة لنهي النبي ﷺ عن بيع الإنسان ما ليس عنده.

٥ ـ الإجابة عن السؤال الخامس: عن التأمين على الأشياء والمعدات المستأجرة:

لا مانع شرعاً من التأمين على هذه الأشياء المستأجرة إذا كان عن طريق شركات التأمين الإسلامية، وأجاز بعض المعاصرين وبعض هيئات الرقابة الشرعية التأمين عليها عن طريق التأمين التجاري إذا لم يتمكن من التأمين عن طريق التأمين الإسلامي، وكان هناك حاجة إلى ذلك، ونحن هنا لسنا بصدد مناقشة ذلك، وإنما نناقش هنا هو أن الذي يجري العمل عليه في بعض البنوك أن العميل هو الذي يقوم بالتأمين على العين المؤجرة لصالح البنك حفاظاً على أموال البنك وضماناً لرأس ماله، والذي نراه هنا أن التأمين ليس من أعمال المستأجر بمقتضى عقد الإجارة، ولا يجب عليه، ولذلك ينبغي أن يقوم البنك نفسه به، أو يوكل العميل للقيام به، ثمَّ يخصم المبلغ من الأجرة، ولا مانع هنا من زيادة الأجرة لتغطي ذلك أيضاً، وإذا قام المستأجر بعد العقد بذلك بأمر من البنك أو بموافقته فإنه يرجع عليه بما أنفقه، أما إذا قام بذلك دون إذن أو موافقة، فإنه يعتبر متبرعاً.

وهنا يثور التساؤل فيما لو اشترطه البنك على العميل؟

فالذي يظهر لنا رجحانه هو جواز ذلك[1]؛ لأنه شرط لا يخالف نصًّا من الكتاب والسُّنَّة والاجماع، فيعتبر العميل متبرعاً بحمله لتحقيق مصالحه في عقد الإجارة، يقول العلامة ابن القيم: (وتعليق العقود والفسوخ والتبرعات والالتزامات وغيرها بالشروط أمر قد يدعو إليه الضرورة، أو الحاجة، أو المصلحة فلا يستغني عنه المكلف، وههنا قضيتان كليتان من قضايا الشرع الذي بعث به رسوله ﷺ:

---

(١) رأيت بعد ذلك فتوى هيئة الرقابة الشرعية لبيت التمويل الكويتي. انظر: الفتاوى الشرعية (٤/ ١٠٣).

إحداهما: أن كل شرط خالف حكم الله وناقض كتابه فهو باطل كائناً ما كان.

والثَّانية: أن كل شرط لا يخالف حكمه ولا يناقض كتابه ـ وهو ما يجوز تركه وفعله، بدون الشرط ـ فهو لازم بالشرط...)[1]، وسيأتي لذلك مزيد من التفصيل.

ولكن الأفضل والأحرى هو أن يخصم المبلغ من الإجارة أو يضم أساساً إلى الإجارة، ثمَّ يخصم خروجاً من الخلاف، ودرءاً للشبهات، وقد أفتت هيئة الرقابة الشرعية لبيت التمويل الكويتي بجواز أن يلزم البنك المستأجر بالتأمين لصالح البنك (المؤجر)، وفق النظام التعاوني[2].

٦ ـ الإجابة عن السؤال السادس: عن وجود شرط البيع في عقد الإجارة:

وتتم من خلال ما يلي:

(أ) أنه يمكن فصل الوعد بالبيع عن عقد الإجارة، ويكون وعداً مستقلاً غير مشروط، وهذا أولى وأحوط.

(ب) أن اشتراط البيع في الإجارة غير مفسد للعقد عند جماعة من الفقهاء منهم المالكية، قال العلامة الخرشي: (إن الإجارة إذا وقعت مع الجُعل في صفقة واحدة، فإنها تكون فاسدة لتنافر الأحكام بينهما، لأن الإجارة لا يجوز فيها الغرر وتلزم بالعقد، ويجوز فيها الأجل ولا يجوز شيء من ذلك في الجعل... بخلاف اجتماع الإجارة مع البيع في صفقة واحدة فيجوز سواء كانت الإجارة في نفس المبيع، كما لو باع له جلوداً على أن يخرزها البائع للمشتري نعالاً، أو كانت الإجارة في غير المبيع كما لو باع له ثوباً بدراهم معلومة على أن ينسج له ثوباً آخر)[3].

---

(١) إعلام الموقعين ط النهضة الجديدة القاهرة (٣/ ٣٨٩ ـ ٣٩٠).

(٢) الفتاوى الشرعية، ط بيت التمويل الكويتي (٤/ ١٠٣).

(٣) شرح الخرشي على مختصر خليل (٧/ ٤).

(ج) إن اشتراط الشروط التي لا تخالف نصًّا من كتاب الله تعالى، أو سُنَّة رسوله ﷺ أو الاجماع ليس هناك دليل صريح مقبول يمنع ذلك، فقد فصلنا القول في رسالتنا الدكتوراه ووصلنا إلى أن الأصل في ذلك الإباحة وليس الحظر[1].

وقد أطال شيخ الإسلام[2]، وتلميذه ابن القيم النفَس فيه، نذكر هنا بعض ما قاله العلامة ابن القيم: (وقد شرع الله تعالى لعباده التعليق بالشروط في كل موضع يحتاج إليه العبد حتى بينه وبين ربه، كما قال النبي ﷺ ـ لضباعة بنت الزبير ـ وقد شكت إليه وقت الإحرام، فقال: «**حجي واشترطي على ربك فقولي: إن حبسني حابس فمحلي حيث حبستني، فإن لك ما اشترطت على ربك**»[3].

فهذا شرط مع الله في العبادة وقد شرعه على لسان رسوله لحاجة الأمة إليه، ويفيد شيئين: جواز التملك وسقوط الهدي.

وتعليق العقود والفسوخ والتبرعات والالتزامات وغيرها بالشروط أمر قد تدعو إليه الضرورة، أو الحاجة، أو المصلحة، فلا يستغني عنه المكلف، وقد صح تعليق النظر بالشرط بالإجماع ونص الكتاب، وتعليق الضمان بالشرط بنص القرآن، وتعليق النكاح بالشرط في تزويج موسى بابنة صاحب مدين وهو من أصح نكاح على وجه الأرض، ولم يأت في شريعتنا ما ينسخه بل أتت مقررة له.. ثمَّ بعد أن ذكر أدلة من الكتاب والسُّنَّة وآثار الصحابة الكرام رضي الله عنهم قال: (والمقصود أن للشروط عند الشارع شأناً ليس عند كثير من الفقهاء، فإنهم يلغون شروطاً لم يلغها الشارع، ويفسدون بها العقد من غير مفسدة تقتضي فساده، وهم متناقضون فيما يقبل التعليق

---

(١) يراجع للتفصيل في ذلك: مبدأ الرضا في العقود (٢/ ١١٦٣ ـ ١١٩٦).

(٢) القواعد النورانية (ص١٨٤)؛ ومجموع الفتاوى (٢٩/ ١٢٦).

(٣) رواه البخاري في صحيحه (٣/ ٤١٧)؛ ومسلم (٤/ ٢٦).

بالشروط من العقود وما لا يقبله، فليس لهم ضابط مطرد منعكس يقوم عليه دليل؛ فالصواب الضابط الشرعي الذي دلّ عليه النص أن كل شرط خالف حكم الله وكتابه فهو باطل، وما لم يخالف حكمه فهو لازم.

يوضحه أن الالتزام بالشرط كالالتزام بالنذر، والنذر لا يبطل منه إلَّا ما خالف حكم الله وكتابه، بل الشروط في حقوق العباد أوسع من النذر في حق الله تعالى، والالتزام به أوفى من الالتزام بالنذر.

وإنما بسطت القول في هذا لأن باب الشرط يدفع حيل أكثر المتحيلين ويجعل للرجل مخرجاً مما يخاف منه، ومما يضيق عليه؛ فالشرط الجائز بمنزلة العقد، بل هو عقد وعهد، وقد قال الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾[1]، ﴿وَٱلۡمُوفُونَ بِعَهۡدِهِمۡ إِذَا عَٰهَدُواْۖ﴾[2].

وههنا قضيتان كليتان من قضايا الشرع الذي بعث الله به رسوله ﷺ، إحداهما: أن كل شرط خالف حكم الله وناقض كتابه فهو باطل كائناً ما كان، والثَّانية أن كل شرط لا يخالف حكمه ولا يناقض كتابه ـ وهو ما يجوز تركه وفعله بدون الشرط ـ فهو لازم بالشرط، ولا يستثنى من هاتين القضيتين شيء، وقد دل عليهما كتاب الله وسنة رسوله واتفاق الصحابة، ولا تعبأ بالنقض بالمسائل المذهبية والأقوال الآرائية فإنها لا تهدم قاعدة من قواعد الشرع، فالشروط في حق المكلفين كالنذر في حقوق ربّ العالمين، فكل طاعة جاز فعلها قبل النذر لزمت بالنذر، وكذلك كل شرط قد جاز بدله بدون الاشتراط لزم بالشرط، فمقاطع الحقوق عند الشروط، وإذا كان من علامات النفاق إخلاف الوعد وليس بمشروط فكيف الوعد المؤكد بالشرط؟ ترك الوفاء بالشرط يدخل في الكذب والخلف والخيانة والغدر، وبالله التوفيق[3].

---

(١) سورة المائدة: الآية ١.

(٢) سورة البقرة: الآية ١٧٧.

(٣) إعلام الموقعين (٣/ ٩٨٣ ـ ٣٩٠).

ولا أعتقد بعد هذا القول الرائع المؤصل أننا نحتاج إلى المزيد، فالمعيار في عدم شرعية الشروط المقترنة بالعقد هو المخالفة لنص من كتاب الله وسُنَّة رسوله ﷺ وأجمل من هذا ما أوجزه الخليفة الفاروق عمر رضي الله عنه حيث قال: (مقاطع الحقوق عند الشروط ولك ما شرطت)[١]، وقال تلميذه القاضي شريح: (من شرط على نفسه طائعاً غير مكره فهو عليه)[٢].

وقد أورد الإمام البخاري في صحيحه كتاب الشروط وترجم باب ما يجوز من الشروط في الإسلام، والأحكام والمبايعة، ثمَّ أورد حديث شروط الصلح في الحديبية وفيها: (كان فيما اشترط (سهيل بن عمرو) على النبي ﷺ أن لا يأتيك منا أحد ـ وإن كان على دينك ـ إلَّا رددته إلينا وخليت بيننا وبينه). فكره المؤمنون ذلك وامتعضوا منه، وأبى (سهيل) ذلك فكاتبه النبي ﷺ على ذلك، ثمَّ بيّن البخاري التزامه ﷺ بهذا الشرط التزاماً دقيقاً حيث ردَّ يومئذٍ أباجندل إلى أبيه سهيل، ولم يأته أحد من الرجال إلَّا ردّه في تلك المدة وإن كان مسلماً[٣].

ثمَّ ترجم البخاري باب الشروط في البيع، وباب الشروط في المعاملة، وباب الشروط في المهر عند النكاح، وباب الشروط في المزارعة، وباب الشروط في الطلاق، وباب الشروط مع الناس بالقول، وباب الشروط في الجهاد، والمصالحة مع أهل الحرب، وكتابة الشروط، وباب الشروط في القرض، وباب الشروط في الوقف[٤].

---

(١) صحيح البخاري ـ مع الفتح ـ (٩/ ٢١٧)؛ رواه البخاري تعليقاً بصيغة الجزم وقال الحافظ وصله سعيد بن منصور وذكر أن سبب قوله هذا أن رجلاً قال له: تزوجت هذه وشرطت لها دارها، وإني لأجمع أمري أن أنتقل إلى أرض كذا وكذا، فقال: لها شرطها. . .).

(٢) المصدر السابق (٥/ ٣٥٤).

(٣) صحيح البخاري ـ مع الفتح ـ كتاب الشروط (٥/ ٣١٢).

(٤) المصدر السابق (٥/ ٣١٢ ـ ٣٥٤).

٧ ـ الإجابة عن السؤال السابع: حول الإجارة قبل التملك، أو القبض:

فالموضوع الأوَّل: أن يتفق البنك مع عميله على تأجير المعدات قبل شرائها، وهذا شبيه ببيع ما لايملك، المنهي عنه. وقد أجبنا عن ذلك مع ذكر الحلول المناسبة له فيما سبق.

والموضوع الثَّاني: هو أن يشتري البنك فعلاً المعدات المطلوبة (طائرة، باخرة، عقاراً...)، ولكن قبل تسلمها وتركيبها يؤجرها للعميل، فهذا يحتاج إلى تفصيل:

(أ) أن يؤجرها بعد الشراء مباشرة وقبل التسليم والتركيب، وذلك بأن يحسب الأجرة من يوم العقد مباشرة. **فهذا لا يجوز**، لعدم التسلم والقبض وعدم تمكن المستأجر من الانتفاع. ومن المعلوم أن الإجارة تمليك المنفعة، وهذا لم يتحقق، ومن جانب آخر فهذا يدخل في باب النهي عن ربح ما لم يضمن[1]، وذلك لأن المؤجر (المشتري) لم تدخل المعدات في ضمانه بعد، فكيف يربح بالأجرة التي يحصل عليها، قال أبو الخطاب: (الأجر يملك بالعقد، ويستحق بالتسليم، ويستقر بمضي المدة)[2].

(ب) أن يؤجرها على أن يبدأ عقد الإجارة بعد شهر، أو شهرين أو سنة مثلاً، يتوقع أن كل الإجراءات تكتمل خلال تلك المدة، فهذا جائز عند جمهور الفقهاء ما عدا الشافعية[3]. جاء في الذخيرة: (يجوز كراؤها

---

(١) ورد حديث صحيح في نهي الرسول ﷺ عن ربح ما لم يضمن، رواه أحمد في مسنده (٢/ ١٧٤، ١٧٩، ٢٠٥)؛ ومالك في الموطأ (ص٤٠٧، ٤٠٨)؛ والنسائي في سننه (٧/ ٢٩٥، ٣٠٠)؛ والبيهقي في السنن الكبرى (٥/ ٣٤٠)، وغيرهم؛ ويراجع المغني لابن قدامة (٥/ ٤٧٨).

(٢) المغني لابن قدامة (٥/ ٤٤٤).

(٣) بدائع الصنائع (٦/ ٢٦٢٩)؛ والذخيرة (٥/ ٤١٣)؛ والروضة (٥/ ١٩٦)؛ والمغني (٥/ ٤٤٦).

ـ أي: الأرض ـ قابلاً وفيها زرع الآن لربها أو لغيره، وكراء الدار على أن لا يقبضها إلَّا بعد سنة، ولا يشترط في مدة الإجارة أن تلي العقد. . . واشترطه الشافعي حتى يتمكن من التسليم في الحال، ونحن نقول: تكفي القدرة على التسليم في الجملة)[١].

(ج) أن يؤجر شيئاً يمكن الاستفادة منه بعد القبض ولا يحتاج إلى التركيب ـ مثل الدار، والسيارة، والطيارة ونحوها ـ، فهذا يُكتفى فيه بالقبض الحكمي؛ أي: التمكن من التسلم ولا يحتاج إلى القبض الحقيقي[٢]. أما إذا لم يمكن الاستفادة، ويحتاج إليه للتركيب، وذلك بأن تحسب الأجرة بعد التركيب، فلا بد من القبض الحقيقي وإن كان العقد صحيحاً قبل ذلك كما ذكرنا في فقرة (ب).

٨ ـ الإجابة عن السؤال الثامن: حول الثمن الرمزي، أو الهبة:

من الناحية الفقهية المحضة فإن ذلك جائز لأن الإنسان حرٌّ في تصرفاته فيجوز أن يبيع بثمن رمزي، أو يهب ما يشاء ما لم يكن مريضاً مرض الموت حيث تحدد تبرعاته بالثلث[٣]. غير أن العدالة مطلوبة في العقود وهي تتحقق بالتساوي بين الثمن والمثمَن، ولذلك شرع الله تعالى الخيارات في العقد لدفع الغبن، وتحقيق العدل.

هذا إذا كان المؤجر شخصاً طبيعياً يتصرف في ماله، أما بخصوص إدارة البنوك والشركات (الشخصية المعنوية) فهل لها الحق في التبرع أو الثمن الرمزي؟

---

(١) الذخيرة (٥/ ٤١٣).
(٢) يراجع بحثنا: القبض وصوره المعاصرة المنشور في مجلة مجمع الفقه، العدد السَّادس (١/ ٥٥٥)، وما بعدها، حيث وصل البحث إلى ترجيح ذلك، وأن القبض الحقيقي لا يشترط إلَّا في بيع الشيء الربوي بجنسه كالطعام.
(٣) يراجع للتفصيل: مبدأ الرضا في العقود (١/ ٥٧٣).

للإجابة عن ذلك نقول: إن مجلس الإدارة (أو الإدارة) يمثل المساهمين ويعبر عن آرائهم فهو وكيل عنهم فيجوز له أن يتصرف أي تصرف مشروع يحقق المصلحة لهم أو لا يضرهم، والتصرُّفات التي في ظاهرها ضرر كهذا يعرضها على الجمعية العمومية لإقرارها.

هذا إذا كانت المعدات قد اشتريت من أموال المساهمين، أما إذا اشتريت من خلال صناديق خاصة بها ونصَّ نظامها الخاص على ذلك أو حصلت موافقة أصحابها على ذلك فلا مانع شرعاً من ذلك.

هذا وقد أفتت هيئة الرقابة الشرعية لبيت التمويل الكويتي بمثل هذا حيث قالت: (وليس لبيت التمويل الكويتي أن يهب من أموال المؤسسين والمستثمرين إلَّا بإذنهم ولا أن يبيع السيارة بسعر رمزي، ثمَّ يشتريها بيت التمويل بسعر السوق حتى ولو كان ذلك مراعى في ثمنها عند العقد الأوَّل وذلك سياسة دفعاً للشكوك والريبة)[1].

وأما مقاصد العاقدين في هذه الحالة فهي: أنهما يريدان إظهار الاتفاق في البداية على أنه عقد إيجار، وفي النهاية عقد بيع، حيث يستفيدان من هذا التكييف، فالمؤجر (البائع) يستفيد من خلاله الحفاظ على العين، حيث لا تنتقل ملكيتها إلى المستأجر على خلاف ما لو كان عقد بيع، وفي ذلك مصلحة معتبرة له، والمستأجر (المشتري) لا يملك السيولة الكافية للشراء فيستفيد من هذه العملية. غير أنه يثور التساؤل حول تكييف العقد في حالة كون الثمن رمزياً هل يظل إجارة، أم يتحول إلى بيع مقسط؟

فقد قال الفقهاء: إن الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة، والحالة بشرط عدم براءة الأصيل كفالة، وأنه لو قال: وهبتك هذا بدينار فهو بيع، ولو قال: ملكتك هذه الدار كل شهر بكذا كان إجارة وهكذا، فعلى ضوء ذلك هل يعتبر هذا العقد بيعاً مقسطاً؟

---

(١) الفتاوى الشرعية لبيت التمويل الكويتي (٤/ ١٠٢).

لهذه الاعتبارات جعله القانون بيعاً مقسطاً ـ كما سبق ـ أما في الفقه الإسلامي فالذي يحول بينه وبين اعتباره بيعاً هو عدم وجود صيغة دالة على البيع داخل العقد، أو في صلب العقد، وأن العاقدين لم يريدا حقاً البيع ابتداء، وإنما إجارة ابتداء وبيعاً انتهاء.

ولذلك يظل تكييف هذه الصور التي فيها وعود بالبيع، وأن الثمن رمزي على أساس الإجارة ابتداء والبيع انتهاءً.

٩ ـ الإجابة عن السؤال التاسع: حول الثمن العادل أو الأجرة العادلة:

قد يثور التساؤل حول الثمن العادل، أو الأجرة العادلة في الإجارة المنتهية بالتمليك، حيث إن الأجرة فيها ليست أجرة المثل، وإنما يلاحظ فيها قيمة العين المستأجرة مع الأرباح الخاصة بالممول أو المؤجر، وهي تختلف باختلاف قصر المدة، أو طولها، في حين أن العدالة مطلوبة وان الزيادة الخارجة عن العرف عن أجرة المثل تدخل في الغَبن المنهي عنه. هذا من جانب، ومن جانب آخر أنه في هذه الحالة لم يقم المستأجر بشراء العين المؤجرة فإن الظلم الواقع عليه واضح جداً، والضرر الذي وقع عليه بيّن، فكيف الخروج عن ذلك؟

للإجابة عن ذلك نقول: إنه في الحالة الأولى ـ أي تمام عملية الشراء فيما بعد ـ لم يَعُد هناك ظلم، وأن الضرر قد زال، كما أن الأجرة وإن كانت أكثر قد تم الاتفاق عليها بين الطَّرفين، أو بعبارة أخرى: أن التراضي قد تحقق، وقد قال الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾[١].

---

(١) سورة النساء: الآية ٢٩.

أما الحالة الثَّانية ـ أي عدم إتمام عملية الشراء ـ فإن العدالة تقتضي أن يرد المؤجر على المستأجر مقدار ما يدفع عنه الضرر الواقع عليه، وذلك لقوله ﷺ: «**لا ضرر ولا ضرار**»(١).

ولكن نرجح عدم اللجوء إلى هذه الصور، وإنما الاكتفاء بالصور التي يتم فيها التعاقد على أساس الإجارة الحقيقية من حيث الأجرة وبقية شروط الإجارة، ثمَّ إعطاء الحق، أو الخيار للمستأجر بشراء العين المستأجرة بسعر السوق، أو بالسعر المتفق عليه.

١٠ ـ الإجابة عن السؤال العاشر: حول ما أثير عن كون الإجارة المنتهية بالتمليك حيلة.

للجواب عن ذلك نقول:

أوَّلاً: إن اتفاقية «الإجارة المنتهية بالتمليك»، لا يَنطبق عليها مفهوم التحايل أو الحيلة، وذلك لوجود عقود منظمة تترتب عليها آثارها الشرعية والقانونية، فليست مجرد عقود صورية أو شكلية، والعقود والألفاظ لها آثارها الشرعية في الشرع من حيث الحلّ والحرمة والصحة والبطلان، كما في حديث أبي سعيد الخدري، وأبي هريرة (رضي الله عنهما): أنَّ رسول الله ﷺ استعمل رجلاً على خيبر فجاءه بتمر جنيب، فقال رسول الله ﷺ: «**أكلّ تمر خيبر هكذا؟**» قال: لا . . إنا لنأخذ الصاع من هذا بالصاعين، والصاعين بالثلاثة، فقال رسول الله ﷺ: «**لا تفعل؛ بع الجمْع بالدراهم ثم ابتع بالدراهم جنيباً**»(٢).

---

(١) حديث صحيح رواه أحمد في مسنده (١/ ٣١٣، ٥/ ٣٢٧)؛ وابن ماجه في سننه، كتاب الأحكام (٢/ ٧٨٥)؛ ومالك في المؤطا كتاب الأقضية (ص٤٦٤)؛ وقال الألباني في الإراوء: صحيح.

(٢) رواه البخاري في صحيحه ـ مع الفتح ـ (٤/ ٣٩٩ ـ ٤٠٠)، والجنيب هو التمر الطيب، والجمع هو التمر الرديء.

فهذا الحديث الصحيح المتفق عليه يدل بوضوح على أن النتيجة وإن كانت واحدة من العمليتين ولكن دخول العقود الحقيقية فيما بينهما غَيَّر الحكْمَ من الحرمة إلى الحل.

ثانياً: لو سلم بأنها حيلة، فهي حيلة مشروعة، فقد قسم العلامة ابن القيم الحيلة إلى نوعين مشروع، وغير مشروع، وأطال فيهما النفس في كتابه القيم إعلام الموقعين، حيث ذكر لكل منهما صوراً وأنواعاً كثيرة[١]، ثمَّ لخص ذلك في كتابه الآخر «إغاثة اللهفان»، فقال: (الحيل نوعان: نوع يتوصل به إلى فعل ما أمر الله تعالى به، وترك ما نهى عنه، والتخلص من الحرام، وتخليص الحق من الظالم المانع له، وتخليص المظلوم من يد الظالم الباغي، فهذا النوع محمود، يثاب فاعله ومعلِّمه. ونوع يتضمن إسقاط الواجبات وتحليل المحرمات، وقلب المظلوم ظالماً، والظالم مظلوماً، والحق باطلاً، والباطل حقًّا، فهذا النوع الذي اتفق السلف على ذمّه) كما سمّى النوع الأوَّل بالحيلة الحسنة؛ لأن المقصود منها أمر حسن، مثلاً: ما فعله يوسف (عليه السَّلام) في أمر أخيه، وسمى النوع الثَّاني بالحيلة القبيحة)[٢].

ثالثاً: ولا نسلم كذلك أن الإجارة المنتهية بالتمليك تتعارض مع مقاصد الشريعة؛ لأن من مقاصدها أيضاً الاستثمار وتنمية الأموال وإيجاد البدائل الشرعية عن الربا المنتشرة في البلاد والعباد، كما أنها ليس فيها أكل لأموال الناس بالباطل، ولا ظلم لأحد، بل كل ما فيها تنظيم عقود مزينة بحماية الحقوق لجميع الأطراف.

---

(١) يراجع: أعلام الموقعين. ط مكتبة الكليات الأزهرية (...).

(٢) إغاثة اللهفان (١/ ٢٣٩).

ثانياً: التكييف الفقهي:

بعد الرد على تلكم الشبهات، والملاحظات التي أثيرت حول الإجارة المنتهية بالتمليك نستطيع القول بأنها عقد صحيح من حيث المبدأ، ولكن حكمها يختلف حسب صورها، وقد رأينا أنه في القانون الوضعي يختلف تكييفه عن الفقه الإسلامي لا من حيث الصحة، وإنما من حيث تكييفه بأنه عقد بيع نظراً إلى المآل والقصد، إلَّا في صورة واحدة كما ذكرنا فيما سبق.

وأعتقد أن إجابتنا عن الأسئلة والملاحظات والشبهات العشر قد ساهمت في إعطاء صورة لهذا النوع من الإيجار، لكن تكييفه الكامل يتحقق من خلال النظر والتحليل لكل صورة بحد ذاتها، ولا يسع المجال لذكرها مفصلة ونكتفي بما ذكرناه عند حديثنا عن صور الإجارة المنتهية بالتمليك، ولكن نعلق على هذه الصور بما يأتي:

الصورة الأولى: يعتبر عقد الإجارة فيها صحيحاً، لأنه لم يذكر في صلب العقد شيء يخص البيع، وأما كون الوعد ملزماً أم لا؛ فقد سبق ذكره في جواب السؤال الرَّابع.

وهكذا الحكم في الصورة الثَّانية.

والصورة الثَّالثة: يتضمن صلب العقد فيها البيع في النهاية فكأن العاقدين أرادا الإجارة ابتداء، والبيع انتهاء، لتحقيق مصالحهما المعتبرة التي ذكرناها في جواب السؤال الثَّامن، فالمؤجر أراد أن يكون العقد إجارة ابتداء ضماناً لحقوقه، وبيعاً في النهاية لأنه يريد أن يحتفظ بالعين المؤجرة، وليس بحاجة إليها، وقد قضى وطره من خلال ما تحقق له من أرباح، والمستأجر يريده أن يكون عقد إجارة في الابتداء حتى لا يظهر أنه مدين أو بعبارة أخرى حتى لا تظهر مديونيته في ميزانيته، أو أنه ليس له المال الكافي لشرائه، أو أنه ليس مطمئنا في قدرته على الشراء فيضع لنفسه هذه الفرصة، ويريد أن يكون بيعاً في الأخير؛ لأنه بحاجة إليه ويريد أن يكون مالكاً للعين المستأجرة.

وكون العقد إجارة ابتداءً وبيعاً انتهاءً لا مانع منه في الشريعة الإسلامية، وله نظائره في الفقه الإسلامي منها ما ذكره الفقهاء في المضاربة أنها إذا دفع المال إلى المضارب فهو في حكم الوديعة؛ لأنه قبضه بأمر المالك، لا على طريق البدل والوثيقة، فإذا اشترى به فهو وكالة؛ لأنه تصرف في مال الغير بإذنه، فإذا ربح صار شركة؛ لأنه ملك جزءاً من المال، فإذا فسدت المضاربة صارت إجارة يجب فيها أجر المثل، وإن خالف المضارب صار غاصباً[١].

غير أن هذا التصرُّف قد احتوى على عقدين: عقد إجارة ناجز اقترن به شرط فاسخ، وعقد بيع معلق على شرط[٢]، ولذلك لا بد من بيان حكم تعليق البيع على شرط، وجمع صفقتين في صفقة واحدة، فبخصوص الجمع بين البيع والإجارة فإن جمهور الفقهاء (المالكية والشافعية في القول الراجح، والحنابلة) أجازوا الجمع بين الإجارة والبيع، جاء في شرح الخرشي: (بخلاف اجتماع الإجارة مع البيع في صفقة واحدة، فيجوز سواء كانت الإجارة في نفس المبيع كما لو باع له جلوداً على أن يخرزها البائع للمشتري نعالاً، أو كانت الإجارة في غير المبيع كما لو باع ثوباً بدراهم معلومة على أن ينسج له ثوباً آخر، وما أشبه ذلك على المشهور)[٣].

قال الخطيب الشربيني الشافعي: (ولو جمع في صفقة مختلفَي الحكم كإجارة وبيع كأن يقول: أجرتك داري شهراً وبعتك ثوبي هذا بدينار، إو إجارة وسَلَم كأن يقول: أجرتك داري شهراً وبعتك صاع قمح في ذمتي سَلَماً بكذا صحّا في الأظهر، ويوزع المسمى على قيمتهما أي: قيمة المؤجر من حيث الأجرة، وقيمة المبيع أو المسلَم فيه)[٤].

---

(١) تحفة الفقهاء للمسرقندين ط قطر ك (٣/ ٢٥ ـ ٢٦).

(٢) يراجع بحث: أ. د. الشاذلي ـ السابق ـ في مجلة المجمع (٤/ ٢٦١٥).

(٣) شرح الخرشي على مختصر خليل (٧/ ٤)؛ ويراجع الذخيرة (٥/ ٤١٥)؛ ومواهب الجليل (٧/ ٥٠٣).

(٤) مغني المحتاج (٢/ ٤١).

والمقصود بمختلفي الحكم هو أن حكم البيع مختلف عن الإجارة من حيث التأبيد فيه، فالإجارة تقوم على التأقيت، ومن حيث إن المعقود عليه (المبيع) في البيع تنتهي علاقته بالبائع، في حين أن العين المؤجرة تبقى مملوكة للمؤجر، فالبيع ينقل ملكية الرقبة والمنفعة، والإجارة تنقل ملكية المنفعة لمدة زمنية فقط.

وجاء في المغني: (وإذا جمع بين عقدين مختلفي القيمة بعوض واحد كالصرف وبيع ما يجوز التفرق فيه قبل القبض، والبيع، والنكاح، أو الإجارة نحو أن يقول: بعتك هذه الدار وأجرتك الأخرى بألف.. صح العقد فيهما؛ لأنهما عينان يجوز أخذ العوض عن كل واحدة منهما منفردة، فجاز أخذ العوض عنهما مجتمعين...)[1].

وحتى الحنفية قالوا: وإن شرط شرطاً لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولأحدهما فيه منفعة إلَّا أنه متعارف بأن اشترى نعلاً وشراكاً على أن يحذوه البائع جاز استحساناً.. لتعارف الناس كما في الاستصناع، لكنهم قالوا في هذا النوع إذا لم يكن متعارفاً عليه بين الناس لا يجوز[2]، فالمثال المتعارف عليه الذي ذكروه يجمع بين البيع والإجارة فأجازوه لكنهم اشترطوا أن يكون متعارفاً عليه.

فعلى ضوء ذلك فالجمع بين الإجارة والبيع جائز من حيث المبدأ، والسبب الذي ذكره الفقهاء يصلح لإجازة هذه الصورة من الإجارة المنتهية بالتمليك، وذلك لأنهم قالوا: إن كل تصرف من الإجارة والبيع ونحوهما، إذا كان جائزاً على الانفراد فلا يمنع من الجمع بينهما واستثني من ذلك الجمع بين عقود المعاوضات والسلف؛ للأحاديث الصحيحة الدالة على ذلك، ولا سيما أنه لا يترتب عليه محظور شرعي من الربا وشبهته كما في الجمع بين البيع والسلف، ولأن محل العقد هنا يجوز بيعه، كما يجوز إجارته.

---

(١) المغني لابن قدامة (٤/ ٢٦٠)؛ ومنتهى الإرادات (٢/ ٢١).

(٢) تحفة الفقهاء (٢/ ٧٤).

وإذا صح هذا الجمع بصورته الحالية فإنه من الضروري لصحة كل من العقدين أن يتوافر فيه أركانه وشروطه، فإذا توافر ذلك كله بأن كان الشيء المستأجر، أو المبيع مملوكاً مقبوضاً والعاقدان على أهليتهما الشرعية ولم يوجد مانع شرعي في ذلك فإن العقدين صحيحان وهذا هو ما عليه بعض المعاصرين[1].

وأما ما يتضمنه هذا العقد من تعليق البيع على شرط دفع الأقساط فهو محل خلاف كبير بين الفقهاء؛ فجمهور الفقهاء لم يجيزوه، في حين أن الإمام مالكاً أجازه في قول[2]، وكذلك الإمام أحمد أجازه في رواية رجحها شيخ الإسلام ابن تيمية ودافع عنها[3].

وما يقال في هذه الصورة يمكن أن يجري على الصورة الرَّابعة.

وأما الصورة السَّادسة فتدخل في قرار مجمع الفقه، وكذلك الصورة الخامسة وهما تُكَيَّفان على أساس عقد الإجارة الحقيقية ثمَّ يتم البيع بعقد مستقل.

ومن الجدير بالتنبيه عليه هو أن وجود وعد بالبيع، أو حتى اشتراط البيع في العقد لا يحوِّل العقد إلى بيع كما هو الحال في القانون؛ لأن العاقدين أرادا الإجارة فعلاً، لا البيع في الأوَّل، ولأن الأجرة دفعت شهرياً كأجرة وليست كقسط لبيع فكيف تتحول الأجرة إلى ثمن؟ لذلك فتكييف العقد بأنه بيع بثمن مقسط تكتنفه صعوبات كثيرة في إطار الفقه الإسلامي[4]، ولهذا النوع صور في الفقه الإسلامي منها الهبة بشرط العوض حيث لم يجعلها الجمهور بيعاً لأن مآلها إلى البيع كما سيأتي.

---

(١) د. حسن الشاذلي: بحثه السابق (٢٦٣٢)؛ وابن بيه: بحثه السابق (ص١٢).

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/ ١٧٥ ـ ١٧٦).

(٣) مجموع الفتاوى (٢٩/ ٣٥٠)؛ ويراجع لتفصيل ذلك نظرية الشرط للدكتور حسن الشاذلي (ص٥٣١).

(٤) د. الشاذلي، المرجع السابق (ص٢٦٣٩).

وكل ما يمكن قوله في التكييف الفقهي لهذه الصورة هو أن هذا العقد إجارة ابتداء وبيع انتهاء، وهذا التكييف له نظائر في الفقه الإسلامي كما سبق.

إصدار صكوك الإجارة المنتهية بالتمليك:

إن من أفضل العقود وأكثرها ملاءمة لإصدار الصكوك عليها هو عقد الإجارة المنتهية بالتمليك، حيث إن أقساط الإجارة تحدد تماماً نسبة الربح فتكون معلومة لمشتري هذه الصكوك، فمُصْدِرُ الصكوك الخاصة بالإجارة المنتهية بالتمليك يستطيع أن يعلن عن نسبة الربح المتوقع في العملية كلها، فمثلاً لو أن المؤسسة المالية اشترت طائرات أو مصانع بمائة مليون دولار وأجَّرَتْها لمدة عشر سنوات مثلاً مع ملاحظة قيمتها التي تباع بها من خلال الوعد، وظهر من خلال ذلك أن الربح هو (١٠٪) فإن الصكوك يمكن أن تصدر بهذه الموجودات مع بيان أن الربح المتوقع هو ١٠٪ حسب الأجرة[١].

بدائل عن الإجارة المنتهية بالتمليك:

١ ـ ذكر قرار مجمع الفقه الإسلامي في دورته الخامسة عام ١٤٠٩هـ بديلاً عن الإجارة المنتهية بالتمليك وهو البيع بالتقسيط مع الحصول على الضمانات الكافية.

ولكن هناك بدائل أخرى منها:

٢ ـ عقد بيع مع اشتراط عدم نقل الملكية أو عدم التصرُّف في المبيع إلَّا بعد سداد جميع الثمن المؤجل.

وفي هذا البديل معظم المقاصد التي يتوخاها العاقدان في الإجارة المنتهية بالتمليك.

---

(١) يراجع لمزيد من التفصيل حول الصكوك الإسلامية: بحثنا حول التطبيقات العلمية لإقامة السوق الإسلامية، المقدم إلى دورة المجمع الثَّامنة ببروناي.

وهذا البديل أجازه بعض الفقهاء حيث نص المالكية على أنه يجوز بيع شيء مع اشتراط منع المشتري من التصرُّف في العين المبيعة بأي نوع من أنواع التصرُّفات ـ معاوضة أو تبرعاً ـ حتى يؤدي المشتري الثمن كاملاً، وإلا انفسخ العقد، واعتبروه بمثابة الرهن[1]، وهذا الرأي هو رأي ابن شبرمة، وابن تيمية، وابن القيم[2] الذين يصححون كل شرط إلَّا شرطاً خالف نصًّا من الكتاب والسُّنَّة.

٣ ـ عقد بيع بالتقسيط مع إعطاء الخيار (أي: خيار الشرط) للبائع، أو المشتري، أو لكليهما وذلك بأن يقول: بعت هذه الطيارة بمبلغ كذا على أن تقسط المبلغ على عشرين شهراً كل شهر تدفع كذا، ولي الخيار لمدة عشرين شهراً.

وهذا العقد بهذه الصورة جائز عند من أجاز أن تكون مدة الخيار مدة طويلة معلومة وهو مذهب أحمد، ومحمد بن الحسن الشيباني، وأبي يوسف، صاحبي أبي حنيفة، وابن أبي ليلى، وابن شبرمه، والثوري، وابن المنذر، وإسحاق بن راهويه، وأبي ثور، ، حيث ذهبوا إلى تفويض مدة الخيار إلى العاقدين[3].

٤ ـ صياغة العقد على أساس الهبة بثواب (أي: بِعوَض) بأن يقول صاحب الدار، أو المعدات: (وهبتك هذه الدار على أن تعطيني أو بشرط أن تعطيني في كل شهر مبلغ كذا لمدة عشرين شهراً مثلاً).

---

(١) يراجع فتح العلي المالك (١/ ٣٦٤)؛ ود. الشاذلي: نظرية الشرط (ص٢١٧، ٣٦٥).

(٢) مجموع الفتاوى (٢٩/ ٣٥٠)، إعلام الموقعين (٣/ ٣٨٩).

(٣) المغني لابن قدامة (٣/ ٤٩٨)؛ ومطالب أولي النهى (٣/ ٨٩)؛ والمبسوط (١/ ٤١)؛ والفتاوى الهندية (٣/ ٣٨)؛ والمجموع (٩/ ١٩٠)؛ والمحلى لابن حزم: (٨/ ٣٧٣)؛ ويراجع: الخيار وأثره في العقود للدكتور عبد الستار أبو غدة، ط دلة البركة (ص٢٢١).

وهذه أيضاً جائزة عند الفقهاء، فقد ذكر صاحب الدر المختار أن البيع لا يشمل الهبة بعوض، وعلق على ذلك ابن عابدين بقوله: (فإنه ـ أي: المذكور، أي: الهبة بعوض ـ: ليس ببيع ابتداءً وإن كان في حكمه بقاءً. . وكذا لو وهبه شيئاً على أن يعوضه عنه شيئاً معيناً فهو هبة ابتداءً مع وجود المبادلة المشروطة[1].

ثمَّ ذكر أن الهبة بشرط العوض وإن كانت في معنى البيع، لكنه يشترط فيها شروط الهبة وليست البيع، فقال صاحب الدر المختار: (ولذا يشترط فيه شرائط الهبة كقبض، وإفراز، وعدم شيوع)، ولو كان العوض يسيراً كما أن العوض يمنع جواز رجوع الواهب عن هبته[2].

وقال الحطاب المالكي: (إذا قال: وإن أعطيتني. . . دارك فقد التزمت لك بكذا، أو ملك بكذا. . . فهذا من باب الهبة)[3]. وجاء في الشرح الكبير: (وجاز للواهب شرط الثواب أي: العوض على هبته. . نحو وهبتك هذا بمائة، أو على أن تثيبني، ولزم الثواب بتعيينه إن قبل الموهوب له فيلزمه دفع ما عين، وأما عقد الهبة المشروط فيها الثواب فلازم للواهب بالقبض عيّن الثواب أم لا). وعلق عليه الدسوقي فقال: وأما الموهوب له فلا يلزمه إلَّا بالفوات، وما ذكره الشارح من لزومها بالقبض للواهب عَيَّن الثواب أم لا غير ظاهر، فإن توقف لزوم العقد على القبض وإنما هو إذا كان الثواب غير معين، وأما إذا عَيَّن الثواب عند عقد الهبة ورضي الموهوب له فلا يتوقف اللزوم على قبض بل يلزم العقد كلًّا منهما بسبب تعيينه كالبيع. . .، ولذا قال البساطي: (ولزم العقد بتعيينه أي: الثواب)[4].

---

(١) حاشية ابن عابدين (٤/ ٥).
(٢) المصدر السابق (٤/ ٥١٧).
(٣) الالتزامات للحطاب (ص٢١١).
(٤) الشرح الكبير مع الدسوقي (٤/ ١١٤).

وذكر النووي أن الهبة المقيّدة بالثواب ـ أي: بالعوض ـ إما أن يكون الثواب معلوماً، أو مجهولاً.

فالحالة الأولى: المعلوم، فيصح العقد على الأظهر، ويبطل على قول، فإن صححنا فهو بيع على الصحيح. وقيل: هبة، فإن قلنا: هبة لم يثبت الخيار والشفعة، ولم يلزم قبل القبض، وإن قلنا: بيع ثبتت هذه الأحكام.

الحالة الثَّانية: إذا كان الثواب مجهولاً، فإن قلنا: (الهبة لا تقتضي ثواباً بطل العقد، لتعذر تصحيحه بيعاً وهبة، وإن قلنا: تقتضيه صح، وهو تصريح بمقتضى العقد، هذا هو المذهب وبه قطع الجمهور..)[١].

وجاء في المنهاج وشرحه للمحلى: (ولو وهب بشرط ثواب معلوم فالأظهر صحة العقد ويكون بيعاً على الصحيح نظراً إلى المعنى، والثَّاني يكون هبة نظراً إلى اللفظ فلا يلزم قبض)[٢].

وجاء في المغني: (فإن شرط في الهبة ثواباً معلوماً صحّ، نصّ عليه أحمد؛ لأنه تمليك بعوض معلوم فهو كالبيع، وحكمها حكم البيع في ضمان الدرك وثبوت الخيار والشفعة وبهذا قال أصحاب الرأي)، وقال أبو الخطاب: (وقد روي عن أحمد ما يقتضي أن يغلب في هذا حكم الهبة فلا تثبت فيها أحكام البيع المختصة به)[٣].

والخلاصة:

أن هذا العقد صحيح وهل يعتبر بيعاً أو بمثابة البيع نظراً إلى المعنى والمؤدى، أم هل يعتبر هبة نظراً للفظ والتعبير على خلاف بين الفقهاء، وإذا اعتبر بيعاً تطبق عليه أحكام البيع وضوابطه، في حين إذا اعتبر هبة تطبق عليه أحكام الهبة وضوابطها، وهذا النوع أقرب شيء إلى الإيجار المنتهي بالتمليك.

---

(١) روضة الطالبين (٥/ ٣٨٦ ـ ٣٨٧).
(٢) شرح المحلى على المنهاج مع حاشيتي القليوبي، وعميرة (٣/ ١١٤).
(٣) المغني لابن قدامة (٥/ ٦٨٥).

ونلاحظ أن جماهير الفقهاء لم يقولوا ببطلان الهبة بشرط العوض بسبب أنها في حقيقتها ومآلها بيع لكنها صيغت بصياغة الهبة، وألبست لباسها، كما أنهم لم يقولوا: إنها داخلة في الحيل، وذلك لأن كلا العقدين صحيح، وأن العاقدين أرادا هذه الصياغة لمصلحة يريدانها.

٥ ـ صياغة العقد على أساس الهبة المعلقة:

إذا علق الهبة على شرط سداد جميع الأقساط المتفق عليها خلال مدة يتفق عليها بأن يقول: إذا قمت بسداد جميع الأقساط المتفق عليها خلال عشرين شهراً مثلاً فإني وهبتك هذه الدار، ووافق عليها الطَّرف الآخر، فهذا مجال خلاف كبير بين الفقهاء، حيث أجازه بعض الفقهاء منهم المالكية وقول في المذهب الحنفي بناء على صحة تعليق الهبة على شيء في المستقبل، في حين لم يصححها الأكثرون بناء على عدم صحة ذلك[١].

وقد دلّ على صحة تعليق الهبة ما رواه أحمد في مسنده وابن حبان في صحيحه عن أم كلثوم بنت أبي سلمة قالت: لما تزوج النبي ﷺ أم سلمة قال: (إني قد أهديتُ إلى النجاشي حلة وأواني مسك، ولا أرى النجاشي إلَّا قد مات، ولا أرى هديتي إلَّا مردودة عليّ، فإن رُدَّت فهي لك). قالت: (فكان ما قال رسول الله صلى الله عليه وردت عليه هديته فأعطى كل امرأة من نسائه أوقية من مسك، وأعطى أم سلمة بقية المسك والحلة)[٢].

فهذا الحديث يدل على صحة تعليق الهبة على شيء قد يتحقق في المستقبل، وهو نصّ في الموضوع.

❑ ❑ ❑

---

(١) يراجع: الالتزامات للخطاب (١/ ١٨٠)؛ ونظرية الشرط (ص١٣٥).

(٢) مسند أحمد (٦/ ٤٠٤)؛ وصحيح ابن حبان، الحديث رقم (١١٤٤)، والحديث وإن كان فيه مقال لكنه ينهض حجة على هذا الحكم لما له من شواهد ومتابعات.

القسم الرابع

العين المؤجَّرة وأحكامها
من حيث التلف والعيب، والغصب، والصيانة وغيرها

تلف العين المؤجرة[1]

إذا تلفت العين المؤجرة فتَرِدُ عليها عدَّة مسائل نذكرها هنا لأهميتها وهي:

١ ـ التلف قبل القبض، أو بعده:

(أ) إذا تلفت العين المؤجرة تلفاً كلِّيًّا قبل القبض وبعد العقد فإن الإجارة تنفسخ بغير خلاف نعلمه كما قال ابن قدامة[2].

(ب) إذا تلفت بعد القبض مباشرة وقبل استيفاء المنفعة فإن الإجارة المعينة تنفسخ على ضوء التفصيل الذي يذكر آنفاً، قال ابن قدامة في هذه الحالة: (إن الإجارة تنفسخ، ويسقط الأجر، في قول عامة الفقهاء إلَّا أبا ثور حكي عنه أنه قال: يستقر الأجر لأن المعقود عليه أتلف بعد قبضه أشبه المبيع، وهذا غلط؛ لأن المعقود عليه المنافع، وقبضها باستيفائها، أو التمكن من استيفائها، ولم يحصل ذلك فأشبه تلفها قبل قبض العين)[3].

---

(١) يراجع في موضوع التلف: بدائع الصنائع للكاساني (٦/ ١٦٧٥)؛ والمبسوط للسرخسي (١/ ١٣٧)؛ والذخيرة للقرافي (٥/ ٣٧٦)؛ ومواهب الجليل مع التاج والإكليل (٧/ ٥٦١ ـ ٥٦٢)؛ والمغني لابن قدامة (٥/ ٤٥٥)؛ الروضة (٥/ ٢٤٠)؛ المحلى لابن حزم (٩/ ٥ ـ ١٢).

(٢) المغني لابن قدامة (٥/ ٤٥٣)؛ الروضة (٥/ ٢٤٠).

(٣) المرجع السابق نفسه.

(ج) أن تتلف بعد مضي شيء من المدة فتنفسخ فيما بقي من المدة دون ما مضى فيستحق المستأجر الأجرة بقدر ما استوفى من المنفعة، وإذا حدث نزاع فالمرجع في تقويم المقدار هو أهل الخبرة، جاء في الروضة: (وفي الماضي طريقان: أحدهما القول بالفسخ في الماضي وحينئذٍ فهل له خيار الفسخ)، وجهان أصحهما عند الإمام والبغوي: لا؛ لأن منافعه استهلكت، والثَّاني: نعم وبه قطع ابن الصباغ وآخرون؛ لأن جميع المعقود عليه لم يسلَّم، وحينئذٍ وجب قسط ما مضى من المسمى والتوزيع على قيمة المنفعة وهي أجرة المثل، لا على نفس الزمان وذلك يختلف فربما تزيد أجرة شهر على أجرة شهرين لكثرة الرغبات في ذلك الشهر، فإن كانت مدة الإجارة سنة ومضى نصفها، وأجرة المثل فيه مثلاً أجرة المثل في النصف الباقي وجب من المسمى ثلثاه، وإن كانت بالعكس فثلثه)(١).

٢ ـ أثر التلف في العقد:

لا شك أن محل عقد الإجارة هو المنفعة، فما دامت المنفعة باقية، فالعقد باقٍ ومستمر إلى مدته أو الاتفاق على إنهائه. أما إذا لم يكن الانتفاع بالعين المؤجرة بسبب تلفها أو هلاكها فإن الفقهاء ذكروا تفصيلات حول أثر ذلك على فسخ العقد:

(أ) إذا كانت الإجارة واردة على الذمة وليست على عين معينة فإن العقد يظل صحيحاً، ولا يؤثر تلف العين المؤجرة أو هلاكها بإنهاء العقد، وذلك لأن على المؤجر القيام بالبديل المضاهي للعين المستأجرة التي هلكت ليحل محلها، وعلى المستأجر قَبول ذلك(٢).

(ب) أما إذا كانت الإجارة واردة على عين معينة مثل الدار الفلانية، أو تلك السيارة المعينة، أو نحو ذلك فإن العقد ينفسخ إذا لم يبقَ هناك مجال

---

(١) الروضة (٥/ ٢٤١) مع تصرف قليل في بعض العبارات.

(٢) المصادر السابقة نفسها.

للفائدة مطلقاً، وذلك مثل أن تموت الدابة المستأجرة، أو تحترق السيارة فلا تبقى إمكانية الانتفاع حتى بأجزائها، أما إذا بقي احتمال الانتفاع بها فقد اختلف الفقهاء في تقدير إمكانية المنفعة مع تلف العين المؤجرة.

فمثلاً: اختلف الفقهاء في انهدام الدار المؤجرة هل يؤدي إلى فسخ العقد أم لا؟ فذهب جمهور الفقهاء ـ الحنفية في الرأي المرجوح عندهم، والمالكية، والشافعية، في القول الراجح، والحنابلة على الوجه الراجح عندهم، والظاهرية[1]ـ إلى أن عقد الإجارة ينفسخ مباشرة بالانهدام؛ لأن محل العقد لم يعد صالحاً لتحقيق المنفعة المنشودة وهي السكنى. وذهب الحنفية في الأصح عندهم، والشافعية في قول مرجوح، والحنابلة في وجه، إلى عدم الانفساخ، وذلك لأنه يمكن الانتفاع بالعرصة بعد انهدام الدار بنصب خيمة، أو جمع حطب، أو بيع الأشياء فيها، أو نحو ذلك فلم تبطل المنفعة جملة، ولذلك يكون المستأجر بالخيار بين الفسخ والإمضاء، فإن فسخ كان عليه أجرة ما مضى على ضوء ما سبق، وإن أمضاه ورضي به فعليه جميع الأجرة؛ لأن ذلك بمثابة عيب رضي به فسقط حكمه[2]، والأوَّل أرجح لعدم بقاء المعقود عليه الذي أراده العاقدان، قال ابن قدامة في ترجيح رأي الجمهور: (لأنه زال اسمها ـ أي: الدار ـ بهدمها وذهبت المنفعة التي تقصد منها، ولذلك لا يستأجر أحد عرصة دار يسكنها)[3].

غصب العين المؤجرة

إذا غصبت فقد ثبت للمستأجر حق الفسخ؛ لأن فيه تأخير حقه، فإن فسخ فالحكم فيه كحكم الفسخ عند هلاك العين من حيث احتساب الأجرة لما مضى.

---

(١) المبسوط (١٥/١٣٦)؛ والتاج والإكليل على مختصر خليل (٧/٥٦٢)؛ والروضة (٥/٣٤١ ـ ٣٤٢)؛ والمغني لابن قدامة (٥/٤٥٤)؛ وشرح المحلي على المنهاج مع حاشيتي القليوبي عميرة (٣/ ٨٤)؛ والمحلَّى (٩/ ٥ ـ ١٢).

(٢) المصادر السابقة نفسها.

(٣) المغني (٥/ ٤٥٥).

وإن لم يفسخ حتى مضت مدة الإجارة فله الخيار بين الفسخ والرجوع بالمسمى، وبين البقاء على العقد ومطالبة الغاصب بأجرة المثل، لأن المعقود عليه لم يَفُت مطلقاً بل إلى بدل ـ وهو القيمة ـ، فأشبه ما لو أتلف آدمي الثمرة المبيعة قبل قطعها، ويتخرج انفساخ العقد بكل حال على الرواية التي تقول: إن منافع الغصب لا تضمن وهو قول الحنفية[١]. وعدم الانتفاع بالعين المستأجرة لظروف قاهرة أي خارجة عن إرادة العاقدين تثبت خيار الفسخ، وذلك كحدوث حرب في منطقة خاف أهلها من البقاء فيها فتركوها، وبينهم المستأجرون، فقد ذكر ابن قدامة أن هذا يثبت للمستأجر خيار الفسخ؛ لأنه ـ أي: الخوف العام ـ أمر غالب يمنع المستأجر استيفاء المنفعة فأثبت الخيار كغصب العين، ولذلك لا يستوجب الخوف الخاص الخيار، فلو أن المستأجر يخاف من السكنى في الدار لخوف خاص به مثل أن يخاف وحده لقرب أعدائه من منزله المستأجر، أو حلولهم في طريقه لم يملك الفسخ؛ لأنه عذر يختص به لا يمنع استيفاء المنفعة بالكلية، حيث يستطيع تأجيره لغيره[٢].

العيب في العين المستأجرة

إذا وجد المستأجر في العين المستأجرة عيباً[٣] لم يكن يعلم به أثناء العقد، فإن العقد لا ينفسخ، وإنما يكون للمستأجر حق الفسخ، (بغير خلاف نعلمه)، كما قال ابن قدامة[٤] فهو بالخيار إن شاء فسخ العقد وإن شاء قَبِل بالعقد كما هو الحال في العيب في البيوع، لكن جماعة من الفقهاء قالوا:

---

(١) المصدر السابق (٥/ ٤٥٥ ـ ٤٥٦)؛ والروضة (٥/ ٣٤٢)؛ والذخيرة (٥/ ٥٣٧).

(٢) المغني (٥/ ٤٥٦)؛ وشرح منتهى الإرادات (٢/ ٢٦٤).

(٣) المراد بالعيب هنا هو ما ينقص الانتفاع المقصود بالعين المؤجرة مثل هدم حائط للدار، أم ما لا يفوت شيئاً من الانتفاع على المستأجر مثل انهدام جزء يسير منها لا يضر بالمنفعة المقصودة له من الدار وهو السكنى فإن ذلك لا يثبت الخيار وحق الفسخ. انظر: المغني (٥/ ٤٥٧)؛ والروضة (٥/ ٢٣٩)؛ والمبسوط (١٥/ ١٣٦).

(٤) المغني (٥/ ٤٥٧).

لو بادر المؤجر بإصلاح العيب سقط الخيار[1]. وكذلك الحكم إذا وجد عيباً فيها بعد العقد، وحتى بعد القبض ـ خلافاً لما في البيع ـ وذلك لأن الإجارة عقد على المنافع، وهي تتجدد، ويحتاج إليها طوال فترة الإجارة، كما أنها لا يحصل قبضها إلَّا شيئاً فشيئاً، فإذا حدث العيب فهو خلل يسبق البقية الباقية من المنافع المطلوبة إلَّا إذا قام بإصلاحه فوراً فلا يحق له الفسخ.

وإن اختلفا في كون الشيء عيباً أم لا، فالمرجع في ذلك أهل الخبرة.

وفي كلتا الحالتين فالمستأجر إذا فسخ فالحكم فيه كحكم ما سبق من الانفساخ بتلف العين.

وإذا رضي بالعين المؤجرة مع وجوب العيب فما الذي يلزمه من الأجرة. هل كلها؟ أم ينقص منها بقدر العيب؟

هذا ما ثار فيه الخلاف بين الفقهاء:

فذهب جمهور الفقهاء (منهم الحنفية، والشافعية في وجه، والحنابلة)[2] إلى أنه إذا رضي بالعين المؤجرة فتجب عليه الأجرة كاملة؛ لأنه رضي به ناقصاً فأشبه لو رضي بالمبيع معيباً حيث ليس له إلَّا الثمن.

وذهب المالكية، والشافعية في وجه[3]، إلى أن جميع الأجرة لا تجب عليه؛ لأنه لم يستوفِ جميع ما استحقه من المنفعة المقصودة بمقدار العيب، فلو أن العيب قد أثر في الانتفاع بالعين المؤجرة بنسبة (١٠٪) مثلاً فإن هذه النسبة تحسم من الأجرة.

---

(١) الروضة (٥/ ٢٣٩)؛ والمغني (٥/ ٤٥٧).

(٢) يراجع: المبسوط (١٥/ ١٣٦)؛ والروضة (٥/ ٢٣٩)؛ والمهذب (١/ ٤٠٥)؛ والمغني (٥/ ٤٥٧)؛ ويراجع الوسيط في عقد الإجارة للدكتور عبد الرحمٰن محمد عبد القادر، ط دار النهضة العربية بالقاهرة (ص٢٣٨).

(٣) الذخيرة (٥/ ٥٣٢)؛ والكافي (ص٣٦٩)؛ والروضة (٥/ ٢٣٩).

والذي يظهر رجحانه هو رأي الجمهور؛ إذ أن الرأي الثَّاني قد يؤدي إلى الإجحاف بحق المؤجر، إذ أنه قد يجد مستأجراً لبيته مثلاً يدفع له مثل الأجرة السابقة، كما أن إعطاء حق الخيار للمستأجر يفسح له المجال للنظر فيما هو يحقق مصلحته، ويدرأ عنه المفسدة والمضرة، فهو إما أن يرد العين المؤجرة، أو يقبلها كما تم الاتفاق عليه، أما أن يرضى بالعين المؤجرة ويطالب بتقليل الأجرة فهذا فيه شيء من الإجحاف بحق المؤجر، كما أن الأجرة عقد رضائي لا يمكن لأحد العاقدين أن يفرض شيئاً على الآخر إلَّا برضاه، ورضا المؤجر تم على الأجرة كلها وليست على بعضها، والعيب أثبت له حق الفسخ فقط ولس حقاً آخر كما هو الميزان في البيع ونحوه.

ثمَّ إن هذه الأحكام خاصة بما إذا كان عقد الإجارة واقعاً على شيء معين، أما إذا كان وارداً على العين الموصوفة في الذمة فإن عقد الإجارة لا ينفسخ بالعيب مطلقاً، بل يجب على المؤجر أن يأتي بما تم الاتفاق عليه سليماً، وبعبارة أخرى يُغيِّرها إلى الشيء المتكامل فيه الأوصاف المتفق عليها)[1]. قال ابن قدامة: (هذا إذا كان العقد يتعلق بعينها، فأما إن كانت موصوفة في الذمة لم ينفسخ العقد، وعلى المكري إبدالها لأن العقد لم يتعلق بعينها فأشبه المسلم فيه إذا سلمه على غير صفته، فإن عجز عن إبدالها أو امتنع عنه ولم يمكن إجباره عليه فللمكتري الفسخ أيضاً)[2].

على من تقع تبعة الهلاك؟

اتفق الفقهاء ـ من حيث المبدأ ـ على أن المستأجر يده يد أمانة لا يضمن إلَّا بالتعدي والإتلاف، والتقصير والإهمال، ومخالفة الشروط المتفق عليها في العقد، ومخالفة العرف السائد في إجارة كل شيء، بحيث

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٥/ ١٣٦)؛ والتاج والإكليل (٧/ ٥٦٦)؛ والذخيرة (٥/ ٤٧٦)؛ والمغني لابن قدامة (٥/ ٤٥٧).
(٢) المغني (٥/ ٤٥٧ ـ ٤٥٨).

يكون استعماله استعمال الرجل الحريص على أموال الآخرين فلا يزيد على ما يتحمله الشيء فوق طاقته وإلّا أصبح ضامناً[1].

وفي المذهب المالكي رأي مرجوح أنه ضامن، قال القرافي: (وقيل ضامن)[2]، ونحن لا ندخل في تفاصيل هذا المبحث، ولكنه بلا شك يعتبر هذه المسألة من أهمّ القضايا التي تفكر فيها المصارف الإسلامية وتسعى جاهدة لإيجاد ضمانات كافية من خلال الشروط، والتأمين ونحو ذلك.

والخلاصة: أن تبعة الهلاك تقع من حيث المبدأ على المؤجر (البنك) مادام العقد قد صيغ صياغة عقد الإجارة، حتى القانون المدني يحمله تبعة الهلاك على الرغم من أنه يكيفه على أساس البيع بالتقسيط ـ كما سبق ـ وأما الأجير بِشِقَّيه (الخاص والمشترك) فقد سبق أن الأجير العام أو المشترك ضامن على الراجح، أما الأجير الخاص فغير ضامن.

هل يمكن أن يتحملها المستأجر؟:

لِتَحمُّلِ المستأجر تبعة الهلاك في الإجارة بصورة عامة وفي الإجارة المنتهية بالتمليك بصورة خاصة طريقتان:

الطريقة الأولى: أن يتحملها طوعاً دون أن يذكر ذلك في العقد، وذلك بأن يتعهد تعهداً مستقلاً عن عقد الإجارة ـ مكتوباً أو شفهيًّا ـ بأنه يتحمل تبعة الهلاك فيما لو هلكت العين المستأجرة، أو تلفت تلفاً كلِّيًّا أو جزئيًّا، وهذا يدخل في الوعد من طرف واحد اعتبره جماعة من الفقهاء منهم المالكية في قول لهم، وابن شبرمة وغيرهم كما سبق.

ولكن التحقيق: هو أن ما قاله بعض المالكية من الالتزام الطوعي لا يُنزّل على حالة الاستثمار والعقود التي يراد بها الربح، وإلّا فيمكن

---

(١) يراجع بحثنا حول مدى مسؤولية مجلس الإدارة عن الخسائر، المقدم إلى الدورة ١٤ للمجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي.

(٢) الذخيرة (٥/ ٥٠٢)؛ والتعبير بقيل يدل على الضعف الشديد.

الوصول إلى إباحة الربا والفوائد البنكية من خلال الالتزام الطوعي بدفع فائدة، أو بضمان رأس المال.

الطريقة الثَّانية: أن يكتب ذلك في العقد كشرط من الشروط المقترنة بالعقد، وهذا غير جائز عند جمهور الفقهاء؛ لأنه شرط يخالف مقتضى العقد، غير أنه يفهم من كلام ابن رشد في المقدمات والممهدات ومن كلام القرافي في الذخيرة أنه على قول أشهب يجوز اشتراط ما يخالف مقتضى العقد، فمثلاً يد الأجير المشترك على سلعة يؤثر فيها يد ضمان في بيته أو حانوته، ومع ذلك لو اشترط عدم الضمان ففيه ثلاثة أقوال. . قال أشهب: ينفع؛ لأن الأصل اعتبار العقود ـ أي الشروط ـ، ولأنه كان قادراً على عدم التزامه، وإنما رضي المسمى أي: من الأجر لسقوط الضمان عليه، كذلك ينفع شرط عدم الضمان في المستعير والمرتهن؛ لأن هذا الشرط زيادة معروف، ولكن القول المشهور هو أن هذا الشرط لا ينفعه؛ لأنه خلاف مقتضى العقد[1].

بل أكثر من ذلك، فقد رأيت أن الإمام أحمد يرى في أحد قوليه جواز اشتراط الضمان على المستأجر، جاء في المغني: (فإن شرط المؤجر على المستأجر ضمان العين فالشرط فاسد؛ لأنه ينافي مقتضى العقد. وعن أحمد أنه سئل عن ذلك فقال: المسلمون على شروطهم، وهذا يدل على نفي الضمان بشرطه ووجوبه بشرطه، لقوله ﷺ: «**المسلمون على شروطهم**»)[2]، وهذا القول للإمام أحمد في غاية من الأهمية، إذا أنه يحقق الأمن والأمان للبنوك الإسلامية حيث لا تخاف من ضياع رأسمالها على أقل تقدير، ولكنه يحتاج إلى دراسة.

ومع وجود هذين القولين الضعيفين فإن مقاصد الشريعة لا تتحقق من خلالهما، لأن السمة البارزة الفاصلة بين عقود الإجارة، والتمويل عن طريق

---

(١) يقرأ بدقة: الذخيرة (٥/ ٥٠٥)؛ والمقدمات والممهدات (٣/ ١٥١ ـ ٢٥٢).

(٢) المغني لابن قدامة: (٨/ ١١٤ ـ ١١٥)، والحديث رواه البخاري في صحيحه تعليقاً بصيغة الجزم ـ مع فتح الباري ـ (٤/ ٤٥١)، ورواه غيره.

البيع بالتقسيط أو التمويل بفائدة مع ضمان رأس المال هو تحمل المؤجر المالك مسؤولية ملكه، وإلَّا فكيف يحلّ له الغُنم وهو يبرأ من الغُرم، فالقاعدة الكلية القائمة على الأدلة المعتبرة تقضي بأن الغُنم بالغُرم و«الخراج بالضمان»، لذلك فمعيار مشروعية هذا العقد يقوم على تحمُّل المالك المسؤولية كاملة، وإلَّا فيصبح حيلة محرمة موصلة إلى الربا المحرم، علماً بأن المالك يستطيع تغطية نفسه من خلال التأمين التكافلي، والضمانات الأخرى.

ومن جانب آخر يمكن التخفيف من آثار ذلك على البنوك الإسلامية وغيرها، من خلال اشتراط أن يكون عبء الإثبات لحالات عدم الضمان على المستأجر، وتوضيح ذلك هو أنه غير ضامن إلَّا في حالات التعدي والتقصير ومخالفة الشروط والعرف ـ كما سبق ـ وأن عبء الإثبات لهذه الحالات يقع على المؤجر عند جمهور الفقهاء، وبعبارة أخرى أن الأصل هو عدم الضمان، وإذا ادّعى المؤجر الضمان بسبب التعدي أو التقصير فإن عبء الإثبات يقع عليه وهو ليس بأمر هين ولا سيما أنه غائب عن العين المستأجرة، وبالأخص في تأجير السيارات والطائرات والبواخر، فلو اشترط المؤجر على المستأجر بأنه في حالة التلف أو الهلاك الكلي، أو الجزئي فإن عبء الإثبات لحالات عدم الضمان يقع عليه بعبارة أخرى إذا لم يثبت أنه غير متعد، وغير مقصر، وغير مخالف للشروط والعرف فإنه يجب عليه الضمان.

فهذا الشرط إن صحَّ يحقق العدالة للطرفين، ويتوافق مع عصرنا الحاضر، وطبيعته القائمة على فساد معظم الذمم وعدم تقوى الله تعالى إلَّا ما رحم ربي، وهو موافق لمذهب بعض الصحابة الكرام الذين قالوا بضمان الأجير المشترك وقالوا: (لا يصلح الناس إلَّا ذلك)[1]، وقد روى البيهقي عن الشافعي أنه قال: (قد ذهب إلى تضمين القصَّار شريح، فضمّن قصَّاراً احترق بيته، فقال تضمنني وقد احترق بيتي، فقال شريح أرأيت لو احترق بيته كنت تترك له أجرك)، وروى

---

(١) السنن الكبرى للبيهقي (٥١٢٢).

أيضاً بسنده عن أبي هيثم أنه قدم دهن له من البصرة وأنه استأجر حمالاً يحمله، والقارورة ثمنها ثلاثمائة، أو أربعمائة، فوقعت القارورة وانكسرت فأردت أن يصالحني فأبى فخاصمته إلى شريح، فقال له شريح: (إنما أعطى الأجر لتضمن فضمَّنه شريح، ثمَّ لم يزل الناس حتى صالحته)[1].

والمقصود أن الفقهاء قد غيَّروا فتاواهم السابقة من عدم الضمان إلى الضمان لسوء أخلاق البعض، وللحفاظ على الأموال وعدم الاستهانة بها، ولذلك فلو قلنا بأن عبء الإثبات يقع على المستأجر لما أخطأنا الهدف وهو مختلفٍ تماماً عن القول بالضمان.

وأيضاً فإن قياس المستأجر على المضارب والشريك قياس مع الفارق حيث إن المستأجر لا يخسر شيئاً بتلف العين المؤجرة إذا انفسخ العقد، بل قد يستفيد فيما لو كانت الأجرة مرتفعة في وقت التلف لأي سبب من الأسباب، وحينئذٍ إذا انفسخ العقد بتلف العين المؤجرة فإنه يستفيد من خلال تأجير عين أخرى من نفس الجنس وبأقل من الأجرة التي كان يدفعها.

أما المضارب، أو الشريك فإنه في حالة الخسارة فقد خسر الجهد، كما خسر ربّ المال ماله، فهناك نوع من التعادل، كما أن الربح يعود على الطَّرفين، أما المستأجر فلا يخسر شيئاً بل قد يستفيد من هذا التلف ـ كما سبق ـ، لذلك فالقول بأن على المستأجر أن يتحمل عبء الإثبات فيما يدعيه ليس بدعاً من القول.

وفي الإجارة المنتهية بالتمليك يكون الأمر أكثر تعقيداً وذلك لأن المستأجر قد لا يريد تنفيذ جميع بنود الإجارة بسبب أن الأجرة حسب السوق الحالية مرتفعة، وإن كانت عند العقد غير مرتفعة، أو أنه لا يريد أن يلتزم بشراء هذه الطائرة، أو الباخرة لأي سبب معقول أو غير معقول، ومن هنا يرد

---

(١) السنن الكبرى للبيهقي (٥/ ١٢٢ ـ ١٢٣).

احتمال التهمة، وقد قال جماعة من الفقهاء بأن الوكيل ونحوه لا يصدَّقون إذا كان هناك مجال للتهمة(١).

ولذلك فالذي يظهر لي رجحانه أنه في الإجارة بصورة عامة، وفي الإجارة المنتهية بالتمليك بصورة خاصة، لا يصدّق المستأجر في تلف العين المستأجرة، ولا في ادّعاء عدم التعدي والتقصير ومخالفة الشروط والعرف إلَّا ببينة مقنعة، فإذا لم يأتِ بها فيجب عليه الضمان، ولا أرى أي مانع من تثبيت هذا الشرط من الشروط المقترنة بالعقد للأسباب ذكرناها آنفاً.

وسيلة أخرى لحماية المؤجر:

يستطيع المؤجر (البنك أو نحوه) أن يطلب من المستأجر بأن يهيىء له طرفاً ثالثاً يضمن العين المؤجرة، وهذا أجازه مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورة مؤتمره الرَّابع بجدة، وبقراره رقم (٥) في ١٨ ـ ٢٣ جمادى الآخر ١٤٠٨هـ الموافق ٦ ـ ١١ فبراير ١٩٨٨م حيث نص على أنه (ليس هناك ما يمنع شرعاً من النص في نشرة الإصدار، أو صكوك المقارنة على وعد طرف ثالث منفصل في شخصيته وذمته المالية عن طرفي العقد بالتبرع بدون مقابل بمبلغ مخصص لجبر الخسران في مشروع معين على أن يكون التزاماً مستقلاًّ).

الهلاك الكلي والجزئي للعين المستأجرة في القانون:

وتتفق القوانين المدنية على أن هلاك العين المستأجرة هلاكاً كلِّيًّا يترتب عليه انفساخ العقد تلقائيًّا، أما هلاك العين جزئياً، أو إذا أصبحت العين في حالة لا تصلح معها للانتفاع الذي أجرت لأجله، أو نقص هذا الانتفاع نقصاً كبيراً ولم يكن للمستأجر يد في شيء من ذلك، فيجوز له ـ إذا لم يقم المؤجر في ميعاد مناسب بإعادة العين إلى الحالة التي كانت عليها ـ أن يطلب

---

(١) المغني لابن قدامة (٥/ ١٠٢).

تبعاً للظروف إما إنقاص الأجرة أو فسخ الإيجار ذاته دون إخلال بما له من حق في أن يقوم بنفسه بتنفيذ التزام المؤجر وفقاً لأحكام المادة السابقة (أي: المادة ٥٦٨م م)، وفي هاتين الحالتين لا يجوز للمستأجر أن يطلب تعويضاً إذا كان الهلاك أو التلف يرجع إلى سبب لا يد للمؤجر فيه[١].

ونصت المادة ١١ من قانون (٢) لسنة ١٩٧٥م في شأن إيجار الأماكن والمباني بقطر على أنه (إذا هلكت العين المؤجرة أثناء الإيجار هلاكاً كلِّيًّا انفسخ العقد من تلقاء نفسه. أما إذا كان هلاك العين المؤجرة جزئياً، أو أصبحت في حالة غير صالحة للانتفاع، أو نقص هذا الانتفاع نقصاً كبيراً، أو كان من شأنها أن تعرض صحة المستأجر، أو من يعيشون معه أو يعملون لديه لخطر جسيم ولم يكن للمستأجر يد في شيء من ذلك كله جاز للمستأجر أن يطلب فسخ العقد).

وهذه الأحكام كما ترى لا تجد فيها مخالفة لما ذكرناه سابقاً. ويلاحظ في هذا المقام أن معظم القوانين العربية ألزمت المهندس المعماري والمقاول متضامنين بضمان ما يحدث خلال السنوات العشر اللاحقة لتسلم العمل من تهدم كلي، أو جزئي فيما شيدوه من مبان، أو أقاموه من منشآت ثابتة أخرى، ولو كان التهدم ناشئاً عن عيب في الأرض ذاتها، أو كان ربّ العمل قد أجاز إقامة المنشآت المعيبة ما لم يكن المتعاقدان في هذه الحالة قد أرادا أن تبقى هذه المنشآت مدة أقل من عشر سنوات (المادة ٦٥١م م)، وإذا كان المالك هو الذي أقام البناء ولم يعهد به إلى مقاول فإن مدة الضمان تبدأ من تاريخ إنهاء جميع الأعمال اللازمة لإقامة المبنى وإعداده صالحاً للاستعمال[٢].

---

(١) هذا هو مقتضى نص المادة (٥٦٩) من القانون المدني المصري، والمادة (٥٣٧) من القانون المدني السوري، والمادة (٧٥١) من القانون المدني العراقي، والمادة (٥٦٨) من القانون المدني الليبي، ويراجع د. السنهوري (المرجع السابق (٦/ ١/ ٢٨٢).

(٢) ينظر: موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في إيجار وبيع الأماكن الخالية، ط القاهرة ١٩٥٥م (ص٤٣٩).

صيانة العين المؤجرة

إنَّ مِن أهمّ المسائل التي تثار في موضوع الإجارة بصورة عامة، وفي موضوع الإجارة المنتهية بالتمليك بصورة خاصة، موضوع الصيانة للعين المؤجرة على من تكون هذه الصيانة؟ وهل يمكن تحميلها للمستأجر برضاه؟

قبل الإجابة عن ذلك أرى أنه من الأفضل أن نذكر بإيجاز موقف القانون من ذلك؛ فالقانونان المدني المصري والفرنسي يلزمان المؤجر بتعهد العين المؤجرة بالصيانة وبالقيام بجميع الترميمات الضرورية حتى يتمكن المستأجر من الانتفاع بالعين طيلة فترة الإجارة.

فقد قرَّر القانون المدني المصري في مادته ٥٦٧ الفقرة (١) التزام المؤجر بتعهد العين بالصيانة لتبقى على الحالة التي سلمت بها، وأن يقوم في أثناء الإجارة بجميع الترميمات الضرورية، دون الترميمات التأجيرية. ونصَّت الفقرة (٢) على أنه: (عليه أن يجري الأعمال اللازمة للأسطح من تجصيص، أو بياض، وأن يقوم بنزح الآبار والمراحيض ومصارف المياه). وفي الفقرة (٣) نص على أنه: (يتحمل المؤجر التكاليف والضرائب المستحقة على العين المؤجرة...). وفي الفقرة (٤) على أن: (كل هذا ما لم يقضِ الاتفاق بغيره).

فالفقرة الأخيرة أعطت الحق للعاقدين على الاتفاق على خلاف ذلك بأن تكون جميع أعمال الصيانة على المستأجر، أو عليهما[١]، ومعظم التقنينات العربية على هذا المنوال[٢].

أنواع الصيانة والترميم:

إن الصيانة والترميم في القانون على ثلاثة أنواع:

---

(١) د. السنهوري الوسيط (٦/١/٢٥٧).

(٢) مثل القانون المدني العراقي في مادته (٧٥٠)، والقانون المدني السوري في مادته (٥٣٥)، واللبناني في مادته (٥٤٧).

١ ـ ترميمات ضرورية لحفظ العين المؤجرة، مثل إصلاح الحائط الذي يريد أن ينقضَّ، وترميم الطوابق السفلية إذا غمرتها مياه فأوهنتها، وترميم الأسقف التي توشك على الانهيار، كل ذلك من الترميمات الضرورية للانتفاع بالعين، وكما أن المؤجر ملزم بإجرائها فإن له كذلك الحق في إجرائها ولو عارض المستأجر ذلك (م٥٧٠م م).

٢ ـ ترميمات تأجيرية مثل إصلاح البلاط، والنوافذ، والأبواب، والمفاتيح، ونحو ذلك، مما يقتضي به العرف، وهذا النوع يلتزم بها المستأجر ما لم يكن هناك اتفاق على غير ذلك (م٥٨٢م م).

٣ ـ ترميمات ضرورية للانتفاع بالعين على الوجه المطلوب، مثل إصلاح السلم، أو المصعد أو دورة المياه، أو نحو ذلك مما هو مطلوب للانتفاع بالعين على الوجه المطلوب وهذ النوع يقع على عاتق المؤجر إلَّا إذا وجد اتفاق على خلاف ذلك[١].

جزاء الإخلال بالصيانة:

إذا لم يقم المؤجر بالصيانة اللازمة في النوعين الأوَّل والثَّالث فإن المادة (٥٦٨م م) نصت على أن المستأجر له الحق في أن يحصل على ترخيص من القضاء في إجراء ذلك بنفسه، وفي استيفاء ما أنفقه خصماً من الأجرة، وهذا دون إخلال بحقه في طلب الفسخ، أو إنقاص الأجرة، بل إن له الحق في القيام بإجراء الترميمات المستعجلة، أو البسيطة مما يلتزم به المؤجر دون الحاجة إلى ترخيص من القضاء وذلك إذا لم يقم المؤجر بعد إعذاره بتنفيذ هذا الالتزام في ميعاد مناسب على أن يستوفي المستأجر ما أنفقه خصماً من الأجرة، ويقابل هذا النص في القانون المدني العراقي المادة (٧٥٠ م)، وفي السوري المادة (٥٣٦م س)[٢].

(١) الوسيط (٦/ ١/ ٢٦٠)؛ ومجموعة الأعمال التحضيرية (٤/ ٤٩٥).

(٢) د. السنهوري: الوسيط (٦/ ١/ ٢٦٧ ـ ٢٦٨).

حقّ الفسخ أو إنقاص الأجرة بسبب عدم الصيانة:

وإذا لم يشأ المستأجر التنفيذ العيني على النحو السابق جاز له أن يطلب فسخ الإيجار إذا كان حرمانه من الانتفاع بالعين المؤجرة بسبب حاجتها إلى الترميمات حرماناً جسيماً يبرر الفسخ، وللمحكمة حق التقدير طبقاً للقواعد العامة، كما أن له الحق في طلب إنقاص الأجرة، وللمحكمة أن تجيبه فتنقص الأجرة بالقدر المناسب إذا رأت أن هناك مبررات لذلك (المادة ٥٦٨م م).

وفي جميع الأحوال أعطى القانون المصري الحق للمستأجر بأن يطلب بالتعويض عن الضرر الذي أصابه بسبب نقص الانتفاع بالعين المؤجرة، والتعويض عما أصابه من ضرر في شخصه أو ماله بسبب ذلك، كل ذلك بشرط إعذار المستأجر المؤجر بإجراء الترميمات الضرورية، إذ المسؤولية هنا مسؤولية عَقْدية ولست مسؤولية تقصيرية[1].

غير أنه صدرت عدَّة قوانين في مصر تنظم بعض أمور الإجارة منها القانون رقم (١٣٦) لسنة ١٩٨١م حيث ألغى التفرقة بين أعمال الإصلاح المعتاد، وأعمال الصيانة المعتادة وغير المعتادة، وجعلها كلها موزعة بين المالك وشاغل المبنى، فهي تشمل إصلاح درج السلم المكسور، أو المتآكلة، وكسوة الأرضية في السلالم والمداخل، وأعمال البياض والدهانات لواجهات المبنى والشبابيك من الخارج وكذلك الأعمال التي تتطلبها إعادة الحال إلى ما كانت عليه في الأجزاء التي تناولها الترميم والصيانة، واستبدال الزجاج المكسور للسلم والمناور والمداخل، ونزح الآبار والبيارات ومصارف المياه.

وقد اعتبر القانون المصري أن نفقات الترميم والصيانة إذا التزم بها المستأجر تعتبر في حكم الأجرة، ولذلك يستطيع المؤجر رفع دعوى الإخلاء على المستأجر عند عدم الوفاء بهذه النفقات[2].

---

(١) د. السنهوري، الوسيط (٦/ ١/ ٢٧٢).

(٢) الموسوعة في الإجارة المشار إليها (ص٤٤٥ ـ ٤٤٦).

أسئلة بنك التنمية تحدد المشكلة:

وجّه البنك الإسلامي للتنمية بجدة خطاباً أوضح فيه العقبات التي تتطلب حلًّا جذريًّا بخصوص الصيانة وطالب مجمع الفقه الإسلامي في دورته الثَّالثة المنعقدة في شهر المحرم عام ١٤٠٧هـ بالإجابة عن أسئلته موضحاً له أن أنواع الصيانة ثلاثة هي:

النوع الأوَّل: التشغيل السليم، ويشمل قراءة معدات قياس الحرارة، والمياه، والزيوت، ومتابعة ذلك للتأكد من سلامتها طوال فترات التشغيل.

النوع الثَّاني: الصيانة الوقائية، وتتمثل في أعمال محددة تتم في آجال معلومة يحدث فيها تغيير بعض الأجزاء وضبط البعض الآخر.

النوع الثَّالث: الصيانة الطارئة، وهي أعمال يجب القيام بها عند حدوث عطل فني غير متوقع مما قد يترتب عليه تغيير أجزاء هامة، وتتطلب مهارة فنية فائقة، وهذا النوع من الصيانة يمكن التقليل منه بالتشغيل السليم والصيانة الوقائية. وقد طلب البنك في خطابه هذا الإجابة عن أسئلته حول الإيجار المنتهي بالتمليك وكيفية الصيانة فيه، وصدر عن المجمع في دورة مؤتمره الثَّالث عدَّة مبادىء بهذا الصدد منها: (أن تبعة الهلاك والتعيب تكون على البنك بصفته مالكاً للمعدات ما لم يكن ذلك بتعد، أو تقصير من المستأجر فتكون التبعة عندئذٍ عليه). ومنها: (أن نفقات التأمين لدى الشركات الإسلامية كلما أمكن ذلك يتحملها البنك).

ثمَّ عرض البنك هذا الموضوع على مجموعة من الفقهاء الذين استشارهم البنك في بيان أفضل وسيلة لوضع المبادىء الستة التي أقرها المجمع موضع التنفيذ فأشارت عليه بما يأتي:

١ ـ يجوز للبنك أن يبرم عقداً مع المستأجر يقوم بموجبه المستأجر بصيانة العين المؤجرة مقابل مبلغ مقطوع.

٢ ـ لا مانع شرعاً من توكيل البنك للجهة المراد تأجير المعدات لها بإجراء التأمين على المعدات محل الإيجار على نفقة البنك.

غير أن بنك التنمية ـ وهو حريص على عدم مخالفة الشريعة في جميع عملياته ـ أوضح بأنه يواجه بعض الصعوبات العملية في تطبيق تلك المبادىء السابقة على أسلوب الإيجار المنتهي بالتمليك مبيِّناً بأن البنك مؤسسة تمويلية تمتد عملياته إلى أربع وأربعين دولة، وأن المعدات والآلات والأجهزة التي يقوم بتأجيرها تختلف مواصفاتها وتتعدد بأنواعها وتتباين أغراضها مما يجعل التزام البنك بصيانتها أمراً عسيراً إن لم يكن مستحيلاً.

وأضاف البنك قائلاً: إن طبيعة الصيانة المطلوبة تختلف من شيء إلى آخر، فبالنسبة للعقارات ـ مثلاً ـ فإن أعمال الصيانة واضحة محددة وتتسم بالطابع الموسمي، وتتم في فترات محددة ما عدا الأضرار التي تنجم عن الحوادث الطارئة، أما المعدات والآلات فإن صيانتها تتسم بالاستمرارية، ويصعب لذلك تقديرها مسبقاً لارتباطها بطبيعة التشغيل ونوعه وكفاءة الكوادر الفنية التي تقوم بهذا النوع الفني الشائك من الصيانة الذي يتطلب أن يكون لدى البنك فريق كامل من الخبراء والفنيين في كافة التخصصات وهو أمر يفوق طاقة مؤسسات التمويل الإسلامية، ويضعف مركزها في مواجهة مؤسسات التمويل غير الإسلامية[1]، وقد طلب البنك البحث عن صيغة تحقق مصالحه، وتتفق مع أحكام الشريعة ومقاصدها، وتجيب بصفة خاصة عن الأسئلة الثلاثة الآتية:

١ ـ هل يمكن تصنيف أعمال الصيانة المختلفة، كما تقدم وصفها، لمعرفة ما يمكن أن يتحمله المستأجر منها، دون أن يتعارض ذلك مع مقتضى عقد الإيجار؟ وإذا بقي من أنواع الصيانة ما يقضي الفقه بإلزام مالك العين به، فهل لذلك المالك أن يتفق مع المستأجر على أن يقوم المستأجر بتلك الصيانة مقابل تخفيض الأجرة؟

---

(١) يراجع بحث: أ. د. حسين حامد حسان عن المسؤولية عن أعمال الصيانة في إجارة المعدات المنشور ضمن أعمال الندوة الفقهية الثَّانية لبيت التمويل الكويتي المنعقد في الكويت ٤ ـ ٧ ذي القعدة ١٤١٠هـ/ (٢٨ ـ ٣١) مايو ١٩٩٠م.

٣ ـ هل بالإمكان من الناحية الشرعية أن يتم الاتفاق بين المؤجر والمستأجر على أن يقوم الأخير بإجراء التأمين على العين موضوع الإيجار تأميناً شاملاً على نفقته؟

هذا، وقد أجابت الفتاوى الصادرة عن الندوة الفقهية الثَّالثة لبيت التمويل الكويتي عن بعض ما تتضمنه هذه الأسئلة الثلاثة، وهذا نصّها:

صيانة العين المأجورة:

أوَّلاً: لا يلزم المؤجر القيام بشيء من الإصلاحات الإنشائية أو التحسينية إلَّا بشرط في العقد.

ثانياً: يلزم المؤجر القيام بالإصلاحات الضرورية لتمكين المستأجر من الانتفاع، إذا حدث الخلل بعد التعاقد، أو كان موجوداً عند التعاقد ولم يطلع عليه المستأجر، أما إذا كان موجوداً قبل التعاقد واطلع عليه المستأجر فلا يلزم المؤجر القيام بإصلاحه إلَّا بشرط في العقد، فإذا قام المؤجر بالإصلاحات التي تلزمه بمقتضى البند السابق لم يكن للمستأجر حق فسخ العقد.

ثالثاً: الأصل أنه لا يجوز أن يشترط المؤجر على المستأجر صيانة العين مما قد يحصل بها من الخلل، فإن وقع العقد بهذا الشرط فسد، للجهالة.

ويستثنى من ذلك الحالات التالية:

١ ـ الصيانة التشغيلية وهي ما يستلزمه استعمال العين المستأجرة لاستمرارية استخدامها (كالزيوت المطلوبة للآلات والمعدات).

٢ ـ الصيانة الدورية، وهي ما يتطلبه استمرار قدرة العين على تقديم المنفعة.

٣ ـ الصيانة المعلومة، بالوصف والمقدار في العقد، أو العرف، سواء كانت الصيانة مجرد عمل أو مع استخدام مواد أو قطع غيار معلومة؛ لأن ما كان من هذا القبيل فإنه بمثابة أجرة مأخوذة في الاعتبار.

رابعاً: إن أذن المؤجر للمستأجر في العقد أو بعده أن يقوم بإصلات

معينة في العين فله أن يفعل ذلك ثمَّ يكون له أن يرجع على المؤجر بما أنفقه عنه، ما لم يكن المؤجر قد اشترط أن لا رجوع عليه، أما إن قام المستأجر بعمل صيانة للعين المستأجرة بدون إذن المؤجر فليس له أن يرجع عليه بشيء، بل يكون متبرعاً. (انتهى نصّ القرار).

الصيانة في الفقه الإسلامي:

تدخل هذه المسألة ضمن ما يلزم به شرعاً المؤجر، أو المستأجر، ولذلك تحدث الفقهاء عن التزامات المؤجر، والمستأجر، فقالوا على المؤجر ما يتمكن به من الانتفاع كتسليم المفتاح، وعليه بناء حائط إن سقط، وإبدال خشبة إن انكسر، وعليه تبليط الحمام وعمل الأبواب ومجرى الماء؛ لأنه بذلك يتمكن من الانتفاع.

وأما ما كان لاستيفاء المنافع كالحبل والدلو والكرة في إجارة البئر فعلى المكتري[١].

وقال النووي: (ما تحتاج إليه الدار المكراة من العمارة ثلاثة أضرب:

أحدها: مَرَمّة لا تحتاج إلى عين جديدة كإقامة جدار مائل وإصلاح منكسر، وإغلاق مفتوحه.

الثَّاني: ما يُحوج إلى عين جديدة كبناء، وجذع جديد، وتطيين سطح.

الثَّالث: عمارة يحتاج إليها لخلل قارن العقد بأن أجر داراً ليس لها باب ولا ميزاب.

ولا يجب شيء من هذه الأضرب على المستأجر، بل هي من وظيفة المؤجر، فإن بادر إلى الإصلاح فلا خيار للمستأجر، وإلا فله الخيار إذا نقصت المنفعة.. وإنما يثبت الخيار في الضرب الثَّالث)[٢].

---

(١) يراجع: المغني لابن قدامة (٥/ ٤٥٨)؛ والروضة (٥/ ٢١١).

(٢) الروضة (٥/ ٢١٠).

وجاء في الذخيرة: (على ربّ الدار كنس المرحاض، وإصلاح الواهي حتى يتمكن من المنفعة)[1].

وجاء في الدر المختار: (وعمارة الدار المستأجرة وتطيينها ـ أي: تطيين سطحها ـ وإصلاح الميزاب، وما كان من البناء على ربّ الدار، وكذا كل ما يخل بالسكنى، فإن أبى صاحبها أن يفعل كان للمستأجر أن يخرج منها إلَّا أن يكون المستأجر استأجرها وهي كذلك وقد رآها لرضاه بالعيب وإصلاح بئر الماء والبالوعة والمخرج على صاحب الدار)[2].

وذكر ابن عابدين أنه جاء في البزازية (أن تسييل ماء الحمام وتفريغه على المستأجر وإن شرط نقل الرماد والسرقين ربّ الحمام على المستأجر لا يفسد العقد)[3].

والمعيار عند الفقهاء في هذه المسألة هو أن ما كان يخص تحقيق الهدف من الإجارة وهو الانتفاع بالعين المؤجرة فعلى المؤجر، أو بعبارة أخرى (ما يتمكن به من الانتفاع بالعين المؤجرة، فعلى المؤجر، وما كان لاستيفاء المنافع فهو على عاتق المستأجر، فالواجب على المؤجر أن يزيل كل العقبات أمام المستأجر لتمكينه من الانتفاع بما أجره على الوجه الذي هو مقصوده[4]، أما ما يخص استيفاء المنفعة فهو على المستأجر).

وأعتقد أن هذا الميزان والمعيار الفقهي يفتح أمامنا مجالاً للنظر والاجتهاد في مسائل الصيانة اليوم، حيث إن ما يلزم لاستيفاء منافع العين المؤجرة يقع على عاتق المستأجر، وعلى ضوء ذلك فالصيانة اللازمة لتشغيل المحركات ونحوها مثل تبديل الزيت والفلتر والعجلات ونحوها مما يحتاج

---

(١) الذخيرة (٥/ ٤٩٣).

(٢) الدر المختار مع حاشية ابن عابدين (٥/ ٤٩).

(٣) المرجع السابق نفسه.

(٤) يراجع: المبسوط (١٥/ ١٥٧)؛ والمغني (٥/ ٤٥٨).

إليها العمل، وتستهلكه العين المؤجرة تكون على المستأجر[١]؛ لأن هذه الأمور بمثابة العلف للدابة المستأجرة حيث يقع على المستأجر.

وكذلك الصيانة التي تكون للأجزاء الصغيرة غير الجوهرية التي تستهلك أو تتلف في فترات دورية معينة بسبب التشغيل فهذه أيضاً تقع على عاتق المستأجر لأنها تلزم لاستيفاء المنافع وهي أشبه ما تكون بآلات رفع الماء من البئر التي تقع على المستأجر، وقد قال ابن قدامة: (وما كان لاستيفاء المنافع كالحبل والدلو والبكرة (في إجارة البئر) فعلى المكتري)[٢] أي المستأجر، وجاء في الروضة: (إذا اكترى للركوب قال الأكثرون: على المؤجر الإكاف والبرذعة.. وفي السرج إذا اكترى الفرس أوجه، ثالثها اتباع العادة. قلت: صحح الرافعي في المحرر اتباع العادة، والله أعلم. وقال أبو الحسن العبادي في (الرقم) لا يلزم مكري الدابة إلَّا تسليمها عارية، والآلات كلها على المستأجر)[٣].

دور العرف في هذا الباب:

للعرف في تحديد التزامات المؤجر، والمستأجر دور كبير، فقد رأينا أن الشافعية الذين لا يعتبرون العرف دليلاً أو مصدراً من مصادر الفقه يولون هنا عناية به ويصححون اتباع العادة والعرف فيما يلزم المؤجر والمستأجر[٤]، ويقول ابن قدامة: (يلزم المكري كل ما جرت العادة أن يوطأ به المركوب للراكب)[٥]، وقال السرخسي: (ولأن المرجع في هذا إلى العرف)[٦].

فعلى ضوء ذلك يمكن الاعتماد على العرف الجاري السائد.

---

(١) د. حسن حامد، بحثه المنشور حول الصيانة في أعمال ندوة بيت التمويل الثَّالثة (ص٤٥٤).
(٢) المغني (٥/ ٤٥٨).
(٣) الروضة (٥/ ٢١٩)؛ وحاشية القليوبي وعميرة على المحلى (٣/ ٧٩).
(٤) المصادر السابقة أنفسها.
(٥) المغني (٥/ ٤١٥).
(٦) المبسوط (١٥/ ١٥٧).

اشتراط الصيانة على المستأجر:

لا خلاف بين الفقهاء ـ من حيث المبدأ ـ بأن الأشياء التي لا تجب على المؤجر لو اشترطها على المستأجر ووافق عليها فإن هذا الشرط ملزم ما دام لا يخالف نصًّا من نصوص الكتاب والسُّنَّة. وإنما الحديث هنا عن اشتراط المؤجر ما يجب عليه من أعمال الصيانة، لكنه يشترطها على المستأجر ويوافق عليها، فهل يعدّ هذا الشرط باطلاً أو صحيحاً؟

وللإجابة عن ذلك نحتاج إلى تحديد نوعية هذا الشرط هل هو مما خالف نصًّا من نصوص الكتاب والسُّنَّة؟ أو هو يخالف مقتضى العقد؟

إنه من خلال التقصي لا نجد نصًّا شرعيًّا ثابتاً يمنع من الشروط إلّا نوعين، أحدهما شرط يتعارض مع نص شرعي ثابت صريح، وثانيهما: شرط يخالف مقتضى العقد الأصلي. وإذا لم يثبت ذلك فإن الأصل ـ على الراجح عند المحققين كما سبق ـ هو الإباحة في العقود والشروط كما أثبت ذلك شيخ الإسلام ابن تيمية وغيره[1].

ومن هنا يرد السؤال حول كون اشتراط الصيانة على المستأجر: هل هو مخالف لمقتضى عقد الإجارة؟

إن مقتضى عقد الإجارة هو تملك المستأجر للمنفعة، وتملك المؤجر للأجرة، وتسليم محل المنفعة بشكل يستطيع المستأجر أن ينتفع به، ويحقق غرضه المنشود من الإجارة، أما القيام بأعمال الصيانة التي يقتضيها استيفاء المنفعة فليس من مقتضى العقد الأصلي، إلَّا الصيانة الضرورية الذاتية التي تتعلق بالحفاظ على العين المستأجرة. ويدل على ذلك أن الفقهاء ذكروا أن الواجب على المؤجر أن يسلم مع الدابة المستأجرة حزامها وإكافها ونحو

---

(١) يراجع: مجموع الفتاوى (٢٩/ ١٢٦)؛ والقواعد النورانية (ص١٨٤)؛ وللتفصيل مبدأ الرضا في العقود (٢/ ١١٨٦).

ذلك، ومع ذلك أجازوا اشتراط نفي ذلك، قال النووي: (هذا إذا أطلقا العقد، أما إذا قال: أكريتك هذه الدابة العارية بلا حزام ولا إكاف ولا غيرهما فلا يلزمه شيء من الآلات)[١].

ثمَّ إن هناك فرقاً بين تسليم العين المؤجرة سليمة وصالحة، وهذا بلا شك واجب على المؤجر إلَّا إذا اتفقا على عين معيبة وهذا أيضاً جائز، وبين أن يفرض على المؤجر الصيانات التي تحتاج إليها العين المؤجرة بسبب العمل، فالذي يظهر لي رجحانه أن جميع أنواع الصيانات التي يعود سببها إلى العمل والتشغيل ليست من مقتضيات العقد، بل هي مما يجوز فيها الاشتراط والاتفاق.

قد يقال: إن بعض أنواع الصيانة يتوقف عليها تشغيل المعدات؟ **فنقول**: لا ضير في ذلك فهي مثل العلف للدابة المستأجرة، حيث لا تستطيع بدونه أن تعمل، أو تحمل، بل قد يموت، ومع ذلك فهو على المستأجر؛ لأنه يتعلق باستيفاء المنفعة، وليس بالتمكن من الانتفاع، وكذلك الحال في المعدات حيث إن المهم فيها هو أن يسلمها طبقاً للأوصاف المتفق عليها، أو برضا المستأجر بعد رؤيتها، أما ما تحتاج إليه هذه الآلة أو الطائرة من صيانة فيما بعد بسبب طبيعة العمل والاستهلاك فهذا يعود إلى العرف الجاري، أو الاشتراط.

بل إن بعض الفقهاء أجازوا ضمان العين المستأجرة كلها، وهذا مروي عن أحمد، وقول مرجوح للمالكية.

جاء في المغني: (فإن شرط المؤجر على المستأجر ضمان العين فالشرط فاسد؛ لأنه ينافي مقتضى العقد.. ولأن ما لا يجب ضمانه لا يصيره الشرط مضموناً، وما يجب ضمانه لا ينتفي ضمانه بشرط نفيه، وعن أحمد

---

(١) الروضة (٥/ ٢١٩).

أنه سئل عن ذلك فقال: المسلمون على شروطهم، وهذا يدل على نفي الضمان بشرطه، ووجوبه بشرطه لقوله ﷺ: «**المسلمون عند شروطهم**»[1].

وذكر الإمام القرافي قولاً مرجوحاً للمالكية بأن يد المستأجر يد ضمان على العين المستأجرة كما في الأجير المشترك[2].

شروط المرمة على المستأجر:

وقد أجاز جماعة من الفقهاء منهم المالكية اشتراط الترميم (الصيانة) من الأجرة نفسها[3]، وأجازوا كذلك أن تكون أعمال المرمة زيادة على الأجرة إذا كانت معلومة علماً يرفع الجهالة المؤدية إلى النزاع، جاء في الشرح الكبير: (وجاز شرط مرمة على المكتري؛ أي: إصلاح ما تحتاج إليه الدار أو الحمام مثلاً من كراء وجب، وشرط تطيين الدار أي: جعل الطين على سطحها إن احتاجت على المكتري من كراء وجب...)، وعلَّق عليه الدسوقي بقوله: (اعلم أنهما ـ أي: المرمة والتطيين ـ إن كانا مجهولين فلا يجوز اشتراطهما على المكتري إلَّا من الكراء لا من عند نفسه، كأن يقول كلما احتاجت لمرمة، أو تطيين فرُمَّها أو طيِّنْها من الكراء، وأما إن كانا معلومين كأن يعين للمكتري ما يرمه، أو يشترط عليه التطيين مرتين، أو ثلاثاً في السنة فيجوز مطلقاً سواء كان من عند المكتري، أو من الكراء بعد وجوبه، أو قبله وهذا النص يساعدنا في مجال الصيانة على أن تحمل على المستأجر)[4].

---

(١) رواه البخاري في صحيحه تعليقاً بصيغة الجزم، فتح الباري (٤/ ٤٥١)؛ ورواه الحاكم في المستدرك (٢/ ٤٩)؛ وأبو داود في سننه ـ مع العون ـ (٩/ ٥١٦)؛ وابن حبان، الحديث رقم (١١٩٩)؛ وقال الألباني في الإرواء: صحيح الحديث (١٣٠٣).

(٢) الذخيرة (٥/ ٥٠٢).

(٣) المدونة (٥/ ٥٠٨).

(٤) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٤/ ٤٧).

وهذا النص الفقهي يدل بوضوح على جواز اشتراط الصيانة المعهودة في عصرهم على المستأجر ما دامت معلومة علماً لا يؤدي إلى النزاع، ويقاس عليها الصيانة المعهودة في عصرنا للآلات والمعدات والدور ونحوها، ولكن ينظم ذلك عن طريق المرات المطلوبة أو للأجزاء المحدودة.

والمرمة تعني إصلاح التالف، فيجوز على ضوء ما سبق أن تكون على المستأجر وهي تشمل الصيانة الضرورية لاستيفاء المنفعة، وتشمل إصلاح الآلات التالفة بسبب التشغيل، أو استبدالها؛ لأن المرمة قد تتطلب شراء الجص ومواد البناء، وقد أجاز الفقهاء أن تكون على المستأجر إذا اشترط عليه، وهكذا الأمر في إصلاح العطل وتبديل ما تحتاج إليه المعدات من أدوات وآلات تستبدل في كل فترة، والشرط الوحيد في ذلك هو أن تحدد المرمة، أو الصيانة بفترات محددة، أو بأي وسيلة ترفع الجهالة المؤدية إلى النزاع.

ويقرب من هذا ما أجازه جماعة من الفقهاء من المالكية من شرط تكريب الأرض الزراعية وتزبيلها[1] على المستأجر، مع أنه من مسؤولية المؤجر عند إطلاق العقد، فقد جاء في المدونة: (قلت أرأيت إن أكريتك أرضي هذه السنة بعشرين ديناراً واشترطت عليك أن لا تزرعها حتى تكربها ثلاث مرات فتزرعها في الكراب الرَّابع، وفي هذا منفعة لرب الأرض؛ لأن أرضه تصلح على هذا؟ قال: نعم هذا جائز، قلت: أرأيت إن أكريته أرضي وشرطت عليه أن يزبِّلها؟ قال: إذا كان الذي يزبلها به شيئاً معروفاً فلا بأس بذلك؛ لأن مالكاً قال: لا بأس بالكراء والبيع أن يجمعا في صفقة واحدة، قلت: أرأيت إن استأجرت منك أرضاً بكذا وكذا على أن على ربّ الأرض حرثها أيجوز هذا في قول مالك؟ قال: يجوز)[2].

---

(١) هو حرث الأرض، وتقليب تربتها، وتزبيلها؛ أي: وضع الزبل والسماد فيها، انظر: هامش المدونة (٤/ ٥٥٥).

(٢) المدونة (٤/ ٥٥٤ ـ ٥٥٥).

فهذه النصوص تدل بوضوح أن باب الشروط في الإجارة واسع، وأن اشتراط الصيانة على المستأجر من ماله، أو من الأجرة جائز.

مخرج عند من لا يجيز ذلك:

بعض الفقهاء منهم الحنفية لم يجيزوا اشتراط المرمة على المستأجر، حتى لو اشترطها عليه فسدت الإجارة وقالوا: إن هذا شرط مخالف لمقتضى العقد، وأنه يؤدي إلى الجهالة[١]، وهكذا الشافعية حيث لم يجيزوا اشتراط العمارة على المستأجر[٢]، ولكنهم أجازوا أن يشترط المؤجر مبلغاً زائداً على الأجرة للترميم بأن يقول: أجرتك داري كل شهر بعشرين ديناراً، وعشرة دراهم للترميم، وأذن له أن ينفقها عليه فهو جائز؛ لأنه معلوم المقدار ووكله في ذلك، جاء في الفتاوى: قال محمد: الأصل أن شرط المرمة على المستأجر يجعل الإجارة فاسدة؛ لأن قدر المرمة يصير أجراً وأنه مجهول، وإن أراد الحيلة فالحيلة أن ينظر إلى قدر ما يحتاج إليه في المرمة، ويضم ذلك إلى الأجرة، ثمَّ يأمر صاحب الحمام المستأجر بصرف ما ضم إلى الأجر للمرمة إلى المرمة حتى إذا كان الأجر عشرة والقدر المحتاج إليه للمرمة أيضاً عشرة فصاحب الحمام يؤجر منه بعشرين، ويأمره بصرف العشرة إلى المرمة فيصير المستأجر وكيلاً من جهة صاحب الحمام بالإنفاق عليه من ماله، وأنه معلوم فيجوز)[٣].

إذن دون اشتراط:

ذكر بعض الفقهاء أن المؤجر لو أذن للمستأجر أن يقوم بالصيانة على نفقته، بأن يقول: أجرتك هذه الطائرة، أو السيارة، أو الباخرة، وأذنت لك

---

(١) المبسوط (١٥/١٥٧ ـ ١٥٩)؛ والفتاوى الهندية (٦/ ٤١٣).
(٢) فتح العزيز شرح الوجيز بهامش المجموع (١٢/ ٢٠٠).
(٣) الفتاوى الهندية (٦/ ٤١٣).

بصيانتها كلما احتاجت إلى ذلك على حسابك الخاص دون أن ترجع عليّ بشيء، لصح ذلك، وأصبح المستأجر متبرعاً بما ينفقه عليها فلا يكون له حق الرجوع على المؤجر، وذكر البهوتي أن شرط التعمير لا يجوز للجهالة لكن الإذن بذلك جائز[1].

قيام المستأجر بالصيانة دون إذن المؤجر:

إذا قام المستأجر دون إذن ولا اشتراط بأعمال الصيانة والإصلاح فإن فقهاء المذاهب الأربعة ـ ما عدا وجهاً مخرجاً ضعيفاً للحنابلة ـ على أنه لا يرجع بنفقات الصيانة على المؤجر؛ لأنه بمثابة المتبرع بها[2].

وحل آخر ذكروه وهو أن يقول ربّ الدار، أو الحمام للمستأجر: قد تركت لك أجر شهرين لمرمة الحمام، أو الدار، فهذا لا يفسد الإجارة[3].

ويفهم من هذه النصوص أن المدار هو الجهالة، ومن هنا فلو أمكن عن طريق العرف أو الوصف تحديد أعمال الصيانة للزم القول بالجواز.

أما كون ذلك مخالفاً لمقتضى العقد فهذا غير مسلَّم، وذلك لأن مقتضى عقد الإجارة هو التسليم والتسلُّم وتملك المنفعة والأجرة، أما هذه الالتزامات فهي ليست على المؤجر بمقتضى العقد بدليل أن جماعة من الفقهاء أجازوا اشتراطها على المستأجر كما سبق، كما أنها من الشروط التي لم يرد فيها نصّ خاص فتبقى على الإباحة، وحينئذٍ يجوز تحديدها بمقتضى الشروط.

وقد أوضح شيخ الإسلام ابن تيمية الفرق بين ما يُنافي العقد المطلق،

---

(١) شرح منتهى الإرادات (٢/ ٢٦٤ ـ ٣٧٠)؛ ود. سليمان الأشقر: صيانة الأعيان المؤجرة، بحث مقدم إلى الندوة الفقهية الثَّالثة بالكويت (ص١٢).

(٢) مجمع الأنهر (٢/ ٣٩٩)؛ والفواكه الدواني (٢/ ١٦٤)؛ وحاشية الخرشي (٧/ ٥٠)؛ والإنصاف (٦/ ٦٧)؛ وحاشية ابن عابدين (٥/ ٤٩)؛ وبحث الدكتور محمد شبير عن صيانة العين المؤجرة في الندوة الفقهية الثَّالثة لبيت التمويل الكويتي.

(٣) المبسوط (١٥/ ١٥٧ ـ ١٥٩).

وبين ما ينافي المقتضى المطلق من العقود فقال: (فإذا قيل: هذا شرط ينافي مقتضى العقد، فإن أريد به: أنه ينافي العقد المطلق فكذلك كل شرط زائد وهذا لا يضر، وإن أريد: أنه ينافي مقتضى العقد المطلق والمقيد احتاج إلى دليل على ذلك، وإنما يصح هذا إذا نافى مقصود العقد، فإن العقد إذا كان له مقصود يراد في جميع صوره)[1].

فعلى ضوء ذلك نجد أن مقتضى العقد هو مقصوده الأساسي، وهو في الإجارة تملك المنفعة، والأجرة، وأن المراد بالشرط المخالف لمقتضى العقد هو الذي يتناقض مع مقصوده، فيبطل؛ لأنه يؤدي إلى الجمع بين المتناقضين بين إثبات المقصود ونفيه، ومن هنا فاشتراط الصيانة ليس من هذا القبيل.

والخلاصة: أن جميع أنواع الصيانة التي يتطلبها استيفاء المنفعة من الصيانة التشغيلية، ومن إصلاح الخلل للأجزاء التي تتلف بسبب التشغيل يجوز اشتراطها على المستأجر؛ لأن القاعدة العامة هي أن الأصل في الشروط الصحة واللزوم إلَّا ما دلَّ الدليل على خلافه بأن يكون مخالفاً لنص من الكتاب والسُّنَّة[2].

الصِّيانة وتحمل تبعة الهلاك للعين المستأجرة:

فإن قيل: إن تبعة هلاك العين المؤجرة تقع على عاتق المؤجر ـ كما سبق ـ، إذنْ فلماذا لا يقاس عليها أعمال الصيانة في عدم جواز اشتراطها على المستأجر؟ **وللجواب عن ذلك نقول:**

أوَّلاً: إن الإمام أحمد في رواية ـ كما سبق ـ أجاز أن يكون ضمان العين المستأجرة على المستأجر بالاشتراط، واستنبط منه ابن قدامة ضابطة فقهية وهي: جواز نفي الضمان بشرطه، ووجوبه بشرطه.

---

(١) القواعد النورانية (ص٢١١)؛ ويراجع مجموع الفتاوى (٢٩/ ٣٤٦).

(٢) يراجع: مجموع الفتاوى (٢٩/ ٣٤٦)؛ ويراجع: د. حسين حامد، بحثه السابق (ص٤٨٥).

ثانياً: إن الصيانة تختلف عن هلاك العين المستأجرة، إذا أن هلاكها يؤدي إلى عدم إمكانية الانتفاع بها، في حين أن الصيانة في معظم أحوالها للتشغيل، والوقاية، وأما ما فيها من إصلاح لتلف بعض الأجزاء فهو بمثابة الترميم (المرمة)، ولذلك لا يجوز اشتراط أن تكون هلكة الأجزاء الكبيرة الجوهرية على عاتق المستأجر إلَّا على رواية لأحمد، وقول مرجوح في المذهب المالكي ـ كما سبق ـ.

ونستطيع القول بعد هذا العرض للموضوع بأن الصيانة بأنواعها الثلاثة التي طرحها البنك الإسلامي للتنمية ليست من مقتضى عقد الإجارة، وبالتالي يجوز للمؤجر أن يشترطه على المستأجر، فإذا وافق على ذلك فقد التزم به[1]، ولكن يلزم أن تكون هذه الصيانة معلومة بالوصف، أو المرات، أو بالعرف أو حسب الخبرة القائمة على الدراسات الفنية التي قاموا بها، أو بعبارة أخرى تكون معلومة علماً يرفع الجهالة الفاحشة الموجبة للنزاع.

فأعمال الصيانة وإن كانت واجبة على المؤجّر باعتبارها من أحكام العقد، لكنه ـ **أولاً**: يلزم أن تكون من مقتضى العقد الأساسي الذي لا يجوز مخالفته، وبالتالي يجوز شرطها على المستأجر.

وثانياً: لا يقبل؛ لأنه قبضه لنفع نفسه، أشبه المستعير[2].

ثالثاً: أن نظرة الفقهاء إلى الأجير تختلف عن نظرتهم إلى المضارب والوكيل، والشريك، حيث إن جمهورهم يرون تضمين الأجير المشترك،

---

(١) وهذا هو رأي الدكتور حسين حسان أيضاً في بحثه السابق الإشارة إليه حيث قال في (ص٤٨٥): (إن الصيانة بأنواعها الثلاثة المتقدم بيانها ليست من مقتضى عقد إجارة الآلات والمعدات، فكان شرطها على المستأجر غير مناف لمقتضى العقد بمعنى مقصود الشارع منه، كما أنها لا تخالف نصًّا شرعيًّا من كتاب وسنة فجاز شرطها على المستأجر بناء على الأصل المتقدم الذي أكده شيخ الإسلام).

(٢) الكافي (٢/ ١٥٤).

وبعضهم يضمنون حتى الأجير الخاص ـ كما سبق ـ وأن تعليلهم لذلك يفهم منه نوع الخصوصية للإجارة، فلنذكر ما قاله الإمام القرافي في هذا المجال في رده على من قال بعدم تضمين الأُجَراء (كالخياط ونحوه) فقال:

(والجواب عن الأوَّل، أي حديث: «**لا يحلّ مال امرىء مسلم إلَّا بطيب نفسه**»[1] المعارضة بقوله عليه السَّلام: «**على اليد ما أخذت حتى تردّه**»[2]. وعن الثَّاني (أي: القبض لمنفعة الغير) بأننا لا نسلم أنه لم يقبض لحق نفسه بل لمستحق الأجرة، فوجب أن يضمن كالفرض)[3]. ثمَّ رد القرافي على قياس الأجير على المضارب والمساقي والمودع والوكيل فقال: (سلمنا صحة القياس لكن المودع لم يؤثر في العين تأثيراً يوجب التخمة على أخذ بسبب التغيير، وهو الفرق في الوكيل، وأما المساقي فكذلك أيضاً؛ لأن الله تعالى هو منمي الثمار، وأما المقارض فلو ضمن مع أن المال بصدد الذهاب والخسارة في الأسفار لامتنع الناس منه فتتعطل مصلحته بخلاف السلع عند الصناع فظهر الفرق، ثمَّ يتأكد ما ذكرناه أن الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم قضوا بتضمينهم وإن لم يتعدوا... ولأنه من المصالح فوجب أن يكون مشروعاً)[4].

وهذا النص يدل بوضوح على أن نظرة الفقهاء إلى الإجارة ـ بصورة عامة ـ تختلف عن غيرها من العقود التي لا تقوم على مبنى الضمان،

---

(١) رواه أحمد في مسنده (٥/ ٧٢)؛ والبيهقي في السنن الكبرى (٦/ ١٠٠)؛ والدارقطني في السنن رقم (٣٠٠)، وهو حديث صححه عدد من الأئمة.

(٢) رواه الخمسة والحاكم وصححه. انظر: مسند أحمد (٥/ ٨، ١٢، ١٣)؛ وأبو داود، الحديث (٣٥٦١)؛ والترمذي (١/ ٢٣٩)؛ وابن ماجه، الحديث (٢٤٠٠)؛ والحاكم (٢/ ٤٧)؛ والبيهقي (٦/ ٩٠).

(٣) لعلها: كالقراض.

(٤) الذخيرة (٥/ ٥٠٣).

فالإجارة لها طبيعة خاصة تختلف عن غيرها حتى في كيفية استفادة المستأجر من العين المؤجرة، ولذلك فإذا سلمها المؤجر بالشكل الذي يحقق الغرض المنشود من الإجارة، أو حسب الاتفاق فإنه قد أدى ما عليه، ثمَّ إذا احتاجت بعد ذلك إلى أية صيانة تخص جانب التشغيل، أو ما سماه الفقهاء باستيفاء المنفعة، فإنها يمكن أن تشترط على المستأجر حسب مواصفات معلومة بالعرف أو المرات أو نحو ذلك مما يؤدي إلى رفع جهالة فاحشة عنه.

يقول القرافي: (يجوز كراء الدابة على أن عليك رحلها أو نقلها، أو علفها وطعام ربها، أو على أن عليه طعامك ذاهباً وراجعاً، وإن لم توصف النفقة؛ لأنه معلوم عادة)[1]، فهذا النص وغيره من النصوص الفقهية تسعفنا في عدم التشدد في موضوع العلم بالصيانة، وإرجاعها إلى العرف والعادة وأن المعيار في ذلك هو أن لا تكون الجهالة مؤدية إلى النزاع.

آثار عدم قيام المؤجر بالصيانة:

ذكرنا في السابق أن جمهور الفقهاء في العقد المطلق على أن الصيانة الضرورية لحفظ العين، ولتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة تقع على كاهل المؤجر، ولكنهم اتفقوا على أنه لا يجبر على ذلك؛ لأن الإنسان لا يجبر على إصلاح ملكه[2]، ولكن المستأجر له الحق في فسخ العقد بشرط أن يكون هذا قد وجد بعد العقد، أو كان موجوداً ولم يعلم به، أما إذا كان قديماً وعلم به أو حادثاً فأصلحه فوراً فليس له حق الفسخ، جاء في الدر المختار: (فإن لم يخلّ العيب به ـ أي: بالنفع ـ أو أزاله المؤجر، أو انتفع بالمُخلّ ـ أن يرضى به ـ سقط خياره لزوال السبب. . فإن أبى صاحبها أن يفعل كان للمستأجر أن يخرج

---

(١) الذخيرة (٥/٣٧٨).

(٢) حاشية ابن عابدين (٥/٤٩)؛ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/ ٥٤)؛ وحاشية القليوبي وعميرة على شرح المحلى على المنهاج (٣/ ٧٨)؛ وكشاف القناع (٤/ ٢١).

منها إلَّا أن يكون المستأجر استأجرها وهي كذلك وقد رآها، لرضاه بالعيب، وإصلاح بئر الماء والبالوعة، والمخرج على صاحب الدار لكن بلا جبر عليه؛ لأنه لا يجبر على إصلاح ملكه، فإن فعله المستأجر فهو متبرع، لكن لو كانت وقفاً يجبر الناظر على ذلك حماية لأموال الوقف)[1].

إذن الجزاء على الإخلال بذلك هو حق الفسخ والخروج من العين المستأجرة دون الإجبار قضاء، وهذا ما أخذت به مجلة الأحكام العدلية في مادتها (٥٢٩)، ومرشد الحيران في مادته (٦٤٥)، وذهب بعض الفقهاء (ابن حبيب من المالكية والغزالي من الشافعية) إلى أن المؤجر يجبر على ما يطيقه من الصيانة، وإصلاح العيوب اليسيرة[2].

لكن القوانين الوضعية ذهبت إلى أن الصيانة على المؤجر مطلقاً وأنه ملزم بها قضاء، كما في المادة (٥٧٦) من القانون المدني المصري، والمادة (٥٧٢) من القانون المدني الكويتي، بل للمستأجر الحق في التنفيذ العيني ـ كما سبق ـ.

ورأي الجمهور هو الراجح لأنه يحقق العدالة للطرفين، ولا يؤدي إلى تعسف بحق المؤجر الذي يجحف بحقه إلزامه بالإصلاحات التي قد تكلفه مبالغ باهضة، إضافة إلى أن هذا التشدد في حق المؤجر يؤدي بالنهاية إلى الإضرار بالقطاع التأجيري؛ لأنه يترتب عليه امتناع الكثير من الولوج في الاستثمار التأجيري خوفاً من تعسف يطالهم في هذا المجال.

ثمَّ إن هذا الرأي لم يغفل حق المستأجر حيث له الخيار في فسخ العقد والخروج من العين المؤجرة[3].

---

(١) الدر المختار مع حاشية ابن عابدين (٥/ ٤٩).

(٢) شرح الخرشي (٧/ ٥٢)؛ وحاشية الجمل على شرح المنهج (٣/ ٥٥٠).

(٣) د. محمد الأشقر: بحثه السابق (ص٧).

هل للمستأجر الحق في إنقاص الأجرة؟

ذهب جماعة من الفقهاء (المالكية والشافعية والحنابلة في قول)[1] إلى جواز إنقاص الأجرة في مقابل حدوث خلل في العين المؤجرة وعدم قيام المؤجر بالإصلاح، أو بعبارة أخرى إذا لم يقم بالصيانة اللازمة وبقي الخلل فإن للمستأجر الحق في إنقاص الأجرة، والمرجع في ذلك إلى أهل الخبرة.

وذهب الحنفية، والحنابلة على المذهب إلى عدم جواز إنقاص الأجرة، وإنما له حق الفسخ فقط[2].

وقد أخذت القوانين العربية بحق إنقاص الأجرة بحكم من المحكمة ـ كما سبق ـ.

والذي يظهر لي رجحانه هو الرأي الأخير، وذلك لما يأتي:

أوَّلاً: إن عقد الإجارة من عقود الرضا، وهذا يقتضي أن لا يجبر أحد العاقدين إلَّا برضاهما ولم يترتب على رضاهما، ومن هنا فإجبار المؤجر على القبول بإنقاص الأجرة دون رضاه إجبار على شيء لم يذكر في العقد، ولا اقتضاه العقد فيكون أكلاً لأموال الناس بالباطل، وقد قال تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمْ﴾[3].

ثانياً: بالقياس على البيع حيث يكون المشتري بالخيار عند العيب بين الفسخ والقبول بالمبيع بثمنه المتفق عليه ـ كمبدأ ـ.

---

(١) شرح الخرشي (٧/ ٥١)؛ وشرح المحلى مع حاشية القليوبي وعميرة (٣/ ٧٨)؛ والإنصاف (٦/ ٦٦).

(٢) الفتاوى الهندية (٤/ ٤٥٨)؛ الإنصاف (٦/ ٦٦)؛ ويراجع بحث د. محمد عثمان شبير.

(٣) سورة النساء: الآية ٢٩.

ثالثاً: إن هذا يحقق العدالة للعاقدين، إذ أن إجبار المؤجر على القبول بإنقاص الأجرة لا يخلو من ظلم وتعسف يفرض عليه، في حين أن حق الفسخ وحده يحقق المطلوب للطرفين، فإن شاء المستأجر فسخ، وإن شاء بقي على الأجرة المتفق عليها، وإذا أراد الطَّرفان إنقاص الأجرة فيكون ذلك برضى جديد من الطَّرفين.

هذا والله أعلم بالصواب
وصلَّى الله على سيِّدنا محمَّد وعلى آله وصحبه
ومَن تبع هداه إلى يوم الدِّين،
وآخر دعوانا أنَّ الحمد لله ربِّ العالمين.

❑ ❑ ❑





الإجارة على منافع الأشخاص
(دراسة فقهية مقارنة
في الفقه الإسلامي، وقانون العمل)

الحمد لله ربّ العالمين، والصَّلاة والسَّلام على سيِّدنا وحبيبنا وقدوتنا محمَّد المبعوث رحمة للعالمين، وعلى إخوانه من الأنبياء والمرسلين، وعلى آله الطيِّبين، وصحبه المَيامين، ومَن تبعهم بإحسان إلى يوم الدِّين.

وبعد:

فإن الإجارة بنوعيها (الإجارة على الأعيان والإجارة على عمل الأشخاص) تعتبر اليوم من أهمّ الصيغ الاستثمارية والتمويلية لدى المؤسسات المالية الإسلامية، وهي كذلك من أهمّ المنتجات المرنة للأدوات المالية، حيث تصاغ منها صكوك الإجارة التي تعتبر من أنجح الأوراق المالية وأكثرها مرونة وقدرة على استيعاب متطلبات العصر.

كما أن الإجارة على الأشخاص هي العقد الأساس الذي انبثق منه عقد العمل، وقانونه الذي ينظم العلاقة بين صاحب العمل، والعمال، بل إن جميع الموظفين والمستخدمين في دوائر الدولة، وفي الشركات والمؤسسات، والجمعيات وغيرها هم أُجراء في نظر الشرع تطبق عليهم قواعد الإجارة وضوابطها، وأحكامها.

ومن هنا تأخذ الإدارة على عمل الأشخاص أهمية قصوى في حياتنا اليومية، ومختلف الأنشطة الاقتصادية والاجتماعية.

ونحن في هذا البحث نحاول بحث هذا الموضوع على ضوء أحكام الفقه الإسلامي، وبعض قوانين العمل في الدول العربية، وخصوصاً الخليجية مبتدءاً بتعريف عقد الإجارة على عمل الأشخاص، وأركانه، وشروطه، وكل ما يدور حوله بقدر ما تسمح به طبيعة البحث.

والله تعالى أسأل أن يلهمنا الصواب، ويعصمنا من الزلل والخلل في العقيدة والقول والعمل، إنه حسبنا ومولانا، فنعم المولى ونعم الموفق والنصير.



تمهيد

* من مشكاة القرآن الكريم:

قال الله تعالى:

﴿إِنَّ خَيْرَ مَنِ ٱسْتَـْٔجَرْتَ ٱلْقَوِىُّ ٱلْأَمِينُ﴾[1].

* ومن مشكاة السُّنَّة النَّبوِيَّة المطهرة:

قول النبيّ ﷺ:

«أعطوا الأجير أجرهُ قبل أن يجفَّ عرقه».

(رواه ابن ماجه، والبيهقي وغيرهما بسند صحيح).

❑ ❑ ❑

(١) سورة القصص: الآية ٢٦.

التعريف بالعنوان

الشائع استعمال عقد الإجارة على الأشخاص، وهناك مصطلح آخر يستعمله الفقهاء، وهو عقد إجارة الأشخاص، أو عقد الإجارة على العمل، أو على منافع الأشخاص.

والمصطلحات الثلاثة وإن كانت صحيحة، ولكن الأدق منها هو الأخير، وهو عقد الإجارة على العمل أو منفعة الشخص وأن التحقيق أن العمل هنا هو منفعة الشخص، إذ أن عقد الإجارة لا يرد على الشخص بذاته، وإنما يرد على عمله، وهذا هو رأي جمهور الفقهاء الحنفية والمالية وأكثر الشافعية، والحنابلة[١] في حين ذهب بعض الشافعية إلى أن محل عقد الإجارة هو العين نفسها؛ لأن المنافع معدومة[٢]، وذهب ابن تيمية، وابن القيم إلى أنها ترد على الأعيان المتجددة كلبن المرضعة[٣].

الكراء والإجارة:

ومن جانب آخر فإن الإجارة على عمل الأشخاص هو أحد نوعي

---

(١) يراجع لتفصيل هذه المسألة لدى الفقهاء: حاشية ابن عابدين (٦/ ٥٤)، ودرر الحكام (١/ ٣٨١)، وبلغة السالك (٢/ ٣٦٥)، وفتح القدير بهامش المجموع (١٢/ ١٨١)، والمغني لابن قدامة (٢/ ٣٣٣).

(٢) فتح العزيز (١٢/ ١٨١).

(٣) مجموع الفتاوى لابن تيمية (٢٠/ ٥٥١)، وإعلام الموقعين (١/ ٤٥٤)، ويراجع: د. شرف بن علي الشريف: الإجارة على عمل الأشخاص، ط دار الشروق السعودية ١٤٠٠هـ (ص٤٧ ـ ٥٠).

الإجارة عند جمهور الفقهاء[1] في حين خصص المالكية لفظ الإجارة للإجارة على عمل الأشخاص، وعبروا عن الإجارة الواردة على الأعيان بالكراء، فقالوا: الإجارة تطلق على منافع من يعقل، وأن الكراء يطلق على العقد الوارد على من لا يعقل، ونحن هنا نختار هذا العنوان، وهو عقد الإجارة على عمل أو منافع الأشخاص، ونعرف بكلماته الأربع:

التعريف بالعقد:

لغة: بمعني الشدّ والربط، والعهد ونحوها[2].

وفي الاصطلاح: له معنيان عام وخاص، بمعناه العام: هو كل تعهد يلتزم به الإنسان سواء أكان له مقابل أم لا وسواء أكان التزاماً دنيوياً أم دينياً، وهذا ما فسر به قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾[3]؛ أي: العهود والواجبات كلها.

أما معناه الخاص: فهو الالتزام الناشىء عن ارتباط الإيجاب بالقبول[4].

التعريف بالإجارة:

لغة: الإجارة (بالكسر وهو المشهور، وجاز فيها الضم والفتح) اسم للأجرة، وهي عوض المنفعة والعمل، ونقل عن المبرد أنها مصدر أجر إجاراً، وإجارة[5].

---

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط دار إحياء التراث العربي (٤/ ٣١)، وحاشية الدسوقي (٤/ ٨١)، وحاشية القليوبي وعميرة على المحلى (٣/ ٨١)، والمغني مع الشرح الكبير (٦/ ٤١).

(٢) يراجع: القاموس المحيط، ولسان العرب، والمعجم الوسيط مادة (عقد).

(٣) سورة المائدة: الآية ١، ويراجع: تفسير الطبري.

(٤) يراجع لمزيد من التفصيل: رسالتنا الدكتوراه، ط دار البشائر الإسلامية ـ بيروت (١/ ١١ ـ ١٣٤)، ومصادره المعتمدة.

(٥) يراجع: القاموس المحيط، ولسان العرب، والمعجم الوسيط، مادة (أجر).

وفي الاصطلاح الفقهي خصصها المالكية بالعقد الوارد على منافع الإنسان، أما العقد الوارد على الحيوان والدور والسفن فيسمونه: الكراء[1]، وأما الجمهور فيقولون هي: عقد وارد على تمليك منفعة سواء كانت للأعيان، أم للأشخاص[2].

التعريف بالعمل والمنفعة:

العمل لغة: هو الفعل[3]... والمراد بها هنا هو الفعل الصادر من الإنسان، سواء كان من أعمال الجوارح، أم اللسان، ويدخل فيه العمل الذهني والفكري الذي يخرج من دائرة الذهن إلى دائرة القول، أو الكتابة.

والمنفعة لغة: هي كل ما ينفع به ويستفاد منه، وجمعها: منافع، والنفع: الخير، وما يتوصل به الإنسان إلى مطلوبه[4].

التعريف بالأشخاص:

الأشخاص جمع شخص، وهو في حقيقته هو الإنسان وحده، ولكن اليوم يطلق عليه وعلى الشخص المعنوي، حيث اعترفت القوانين المعاصرة بالشخصية الاعتبارية للشركات والمؤسسات، وأثبتت لها ذمة مالية مستقلة عن ذمم الشركاء والمسؤولين، وكذلك اعترف بها الفقهاء المعاصرون والمجامع الفقهية[5]، وبالتالي فإن المراد بالأشخاص هنا، وفي بقية العقود هي

---

(١) حاشية الدسوقي (٤/ ٢).

(٢) يراجع: كشف الحقائق (٢/ ١٥١)، وحاشية ابن عابدين (٥/ ٢)، والأم (٣/ ٢٥٠)، والمغني لابن قدامة.

(٣) يراجع: القاموس المحيط، ولسان العرب، والمعجم الوسيط مادة (عمل).

(٤) المصادر السابقة، مادة (نفع).

(٥) يراجع للشخصية المعنوية: د. السنهوري: الوسيط، ط دار النهضة بالقاهرة (٥/ ١٩٦)، ود. علي القره داغي: مبدأ الرضا في العقود (١/ ٣٤٩ ـ ٣٥٨)، ومصادره المعتمدة.

الأشخاص الطبيعيون، والأشخاص المعنويون (الاعتباريون، والقانونيون)، وحينئذ يجوز التعامل مع الشركات التي لها شخصية معنوية بعقد الإجارة، ويمثلها أحد الأشخاص الطبيعيين، ولذلك فكل ما نذكره في هذا البحث يشمل النوعين إلَّا ما يخص الإنسان، ولا يتجاوزه إلى الشخص المعنوي مثل ما يخص عوارض الأهلية ونحوه.

الخلاصة مع المقارنة بالقانون:

إن المراد بعقد الإجارة على عمل الأشخاص في الفقه الإسلامي هو العقد الوارد على منفعة شخص في مقابل أجر معلوم.

وهو في تطبيقاته المعاصرة يشمل تقديم الخدمات الطبية، والتعليمية، ونحوهما لمن يحتاج إليها عن طريق التمويل بالمرابحة في المنافع.

وأما القوانين فتطلق على هذا العقد عقد العمل، أو نظام العمل في النظام السعودي، حيث عرفه بأنه: عقد مبرم بين صاحب العمل، وعامل، يتعهد الأخير بموجبه ان يعمل تحت إدارة صاحب العمل، أو إشرافه مقابل أجر، ويتضمن شروط العمل المتفق عليها بينهما، وذلك لمدة محددة، أو غير محددة، أو من أجل القيام بعمل معين[1].

وهذا الاختلاف في المسمى لدى القوانين، وما ذكرناه من تخصيص المالكية الإجارة لعمل الإنسان يدخل ضمن الاختلاف في المصطلحات التي لا مشاحة فيها، وإن كانت التسمية الفقهية أدق، وذلك لأن لفظ (العمل) أعمّ من العمل الخاص بعقد إجارة الأشخاص، وأن العامل في الاصطلاح الشرعي يطلق على المشرف على جمع الزكاة فقال تعالى: ﴿وَٱلْعَـٰمِلِينَ عَلَيْهَا. . .﴾[2]، وعلى جميع الأعمال الشاملة للدنيا والآخرة،

---

(١) الوسيط للنسهوري، ونظام العمل والعمال السعودي (ص٢٣)، مادة ٧٠.

(٢) سورة التوبة: الآية ٦٠.

وعلى المضارب، والعامل في المساقاة، والمزارعة، ولذلك فالأجير أدق من العامل.

استبعاد العقود التي لها علاقة بالموضوع، ولكنها غير داخلة في أصل الماهية:

هناك مجموعة من العقود والمصطلحات لها علاقة قوية باستئجار الأشخاص، مثل عقد المقاولة، وعقد الاستصناع، وعقد النقل البحري، وعقد النقل الجوي، وعقد العمل في القانون، فنحن نستبعد هذه العقود عن موضوعنا سوى عقد العمل؛ لأننا نقصد بعقد الإجارة على الأشخاص: الإجارة الخالصة الواردة على العمل فقط دون أي التزام آخر مثل الالتزام بالصنعة، أو المواد أو بتأجير منفعة العين معه، أو نحو ذلك في حين أن هذه العقود سوى عقد العمل لا تخلو من ذلك.

مشروعية عقد الإجارة على الأشخاص

يدل على مشروعية الإجارة على الأشخاص الأدلة المعتبرة من الكتاب والسُّنَّة والاجماع، والمصالح:

أوَّلاً: الكتاب:

وإذا نظرنا إلى القرآن الكريم لوجدنا أن جميع الآيات الواردة في شأن الإجارة تخص الإجارة على الأشخاص والعمل، وهي:

١ ـ قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾[١]، وجه الاستدلال بهذه الآية واضح، وهو أن الله تعالى أمر إعطاء الأجر للمرضعة على عمل الرضاعة، وهذا يدل على مشروعية ذلك، ووجوب الالتزام بدفع الأجر في

(١) سورة الطلاق: الآية ٦، ويراجع: جامع البيان للطبري، تحقيق محمود شاكر ط دار ابن حزم ودار الإعلام (٢٨/ ١٨١).

مقابل العمل في الإجارة، يقول الإمام الشافعي: (فأجاز الإجارة على الرضاع، والرضاع يختلف لكثرة رضاع المولود وقلته، وكثرة اللبن وقلته، ولكن لما لم يوجد فيه إلَّا هذا جازت الإجارة عليه، وإذا جازت عليه جازت على مثله، وما هو في مثل معناه، وأحرى أن يكون أبين منه...)[1].

ويقول أيضاً في تفسير الآية السابقة: (ففي كتاب الله عزَّ وجَلّ ثمَّ في سنة رسول الله ﷺ بيان: أن الإجارات جائزة على ما يعرف الناس، إذ قال: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾[2]، والرضاع يختلف: فيكون صبيّ أكثر رضاعاً من صبيّ، وتكون امرأة أكثر لبناً من امرأة، ويختلف لبنها فيقلّ ويكثر، فتجوز الإجارات على هذا؛ لأنه لا يوجد فيه أقرب مما يحيط العلم به: من هذا...)[3].

٢ ـ قوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدتُّمْ أَن تَسْتَرْضِعُوٓا۟ أَوْلَـٰدَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُم مَّآ ءَاتَيْتُم بِٱلْمَعْرُوفِ﴾[4]، فهذه الآية الكريمة تدل على رفع الحرج والجناح على من يستأجر امرأة لإرضاع ولده بالأجر، قال سفيان: (إذا سلمتم إلى المسترضعة (وهي الظئر) أجرها بالمعروف)[5]، وفي ذلك دليل على مشروعية إجارة الأشخاص.

٣ ـ قوله تعالى: ﴿نَحْنُ قَسَمْنَا بَيْنَهُم مَّعِيشَتَهُمْ فِى ٱلْحَيَوٰةِ ٱلدُّنْيَا ۚ وَرَفَعْنَا بَعْضَهُمْ فَوْقَ بَعْضٍ دَرَجَـٰتٍ لِّيَتَّخِذَ بَعْضُهُم بَعْضًا سُخْرِيًّا ۗ وَرَحْمَتُ رَبِّكَ خَيْرٌ مِّمَّا يَجْمَعُونَ﴾[6]، والمراد بقوله تعالى (سخريًّا) أي: مسخراً بعضكم لبعض بالعمل والخدمة، قال

---

(١) الأم ط دار الباز (٣/ ٢٥٠).

(٢) سورة الطلاق: الآية ٦.

(٣) أحكام القرآن للشافعي ط دار الباز للنشر والتوزيع (١/ ٢٦٣ ـ ٢٦٤).

(٤) سورة البقرة: الآية ٢٣٣.

(٥) تفسير ابن عطية (المحرر الوجيز) ط قطر ١٤٠١هـ (٢/ ٢٩٩).

(٦) سورة الزخرف: الآية ٣٢.

الرازي: (أي: إنا فعلنا ذلك لأننا لو سوينا بينهم في كل هذه الأحوال لم يخدم أحد أحداً، ولم يصر أحد منهم مسخراً لغيره، وحينئذ يفضى ذلك إلى خراب العالم وفساد نظام الدنيا)[1]، فهذه الآية تشير إلى أهمية الإجارة ونحوها في تعمير الأرض، وتحقيق وظيفة الاستخلاف في الأرض.

٤ ـ قوله تعالى: ﴿قَالَتْ إِحْدَىٰهُمَا يَٰٓأَبَتِ ٱسْتَـْٔجِرْهُ ۖ إِنَّ خَيْرَ مَنِ ٱسْتَـْٔجَرْتَ ٱلْقَوِىُّ ٱلْأَمِينُ ﴿٢٦﴾ قَالَ إِنِّىٓ أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ٱبْنَتَىَّ هَٰتَيْنِ عَلَىٰٓ أَن تَأْجُرَنِى ثَمَٰنِىَ حِجَجٍ ۖ فَإِنْ أَتْمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِندِكَ ۖ وَمَآ أُرِيدُ أَنْ أَشُقَّ عَلَيْكَ ۚ سَتَجِدُنِىٓ إِن شَآءَ ٱللَّهُ مِنَ ٱلصَّٰلِحِينَ ﴿٢٧﴾ قَالَ ذَٰلِكَ بَيْنِى وَبَيْنَكَ ۖ أَيَّمَا ٱلْأَجَلَيْنِ قَضَيْتُ فَلَا عُدْوَٰنَ عَلَىَّ ۖ وَٱللَّهُ عَلَىٰ مَا نَقُولُ وَكِيلٌ﴾[2]، فهذه الآية واضحة أيضاً في الدلالة على جواز الاستئجار على العمل، وذلك لأن شرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد ناسخ[3]، وعقد البخاري باباً خاصاً ترجم له: باب إذا استأجر أجيراً فبيَّن له الأجل، ولم يبيِّن له العمل لقوله تعالى: ﴿إِنِّىٓ أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ٱبْنَتَىَّ هَٰتَيْنِ عَلَىٰٓ أَن تَأْجُرَنِى ثَمَٰنِىَ حِجَجٍ ۖ فَإِنْ أَتْمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِندِكَ ۖ وَمَآ أُرِيدُ أَنْ أَشُقَّ عَلَيْكَ ۚ سَتَجِدُنِىٓ إِن شَآءَ ٱللَّهُ مِنَ ٱلصَّٰلِحِينَ قَالَ ذَٰلِكَ بَيْنِى وَبَيْنَكَ ۖ أَيَّمَا ٱلْأَجَلَيْنِ قَضَيْتُ فَلَا عُدْوَٰنَ عَلَىَّ ۖ وَٱللَّهُ عَلَىٰ مَا نَقُولُ وَكِيلٌ﴾[4].

يقول الحافظ ابن حجر: (وقد احتج الشافعي بهذه الآية على مشروعية الإجارة)[5]، وقال البيهقي: (قال الشافعي: فذكر الله أن نبياً من أنبيائه أجر

---

(١) التفسير الكبير ط دار إحياء التراث العربي (٢٧/ ٢٠٩ ـ ٢١٠).

(٢) سورة القصص: الآيات ٢٦ ـ ٢٨.

(٣) أحكام القرآن لابن العربي ط دار المعرفة ببيروت، تحقيق علي البجاوي (٣/ ١٤٦٨).

(٤) صحيح البخاري ـ مع فتح الباري ـ، ط السلفية، القاهرة (٤/ ٤٤٤)، والآيتان هما (٢٧، ٢٨) من سورة القصص.

(٥) فتح الباري (٤/ ٤٤٤).

نفسه حججاً مسماة ملك بها بضع امرأة، فدل على تجويز الإجارة[1].

٥ ـ قوله تعالى في قضية موسى مع عبد الله (الخضر): ﴿. . . قَالَ لَوْ شِئْتَ لَتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْرًا﴾[2]، حيث يدل بوضوح على جواز أخذ الأجر على العمل، وبالتالي مشروعية الإجارة، وهذا يدخل في أن شرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد ناسخ.

وقد ترجم البخاري لهذه الآية فقال: (باب إذا استأجر أجيراً على أن يقيم حائطاً يريد أن ينقض، جاز) ثمَّ روى بسنده عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: حدثني أبيّ بن كعب قال: (قال رسول الله ﷺ: (فانطلقا فوجدا جداراً يريد أن ينقض) قال سعيد بيده هكذا، ورفع يده فاستقام. . . (لو شئت لاتخذت عليه أجراً) قال سعيد: أجرنا كله)[3].

ثانياً: السُّنَّة النَّبوِيَّة المشرَّفة:

هناك أحاديث كثيرة تدل على جواز الإجارة، حتى عقد البخاري كتاباً سماه: كتاب الإجارة، تضمن ٢٢ باباً، واشتمل على ثلاثين حديثاً مرفوعاً، المعلق منها خمسة، والبقية موصولة، ووافقه مسلم على تخريجها سوى حديث أبي هريرة في رعي الغنم، وحديث (المسلمون عند شروطهم)، وحديث ابن عباس: (أحق ما أخذتم عليه أجراً كتاب الله)، وحديث ابن عمر في النهي عن عسب الفحل، وفيه من الآثار عن الصحابة والتابعين ثمانية عشر أثراً[4].

وقد بدأ البخاري رحمه الله بباب: استئجار الرجل الصالح، ثمَّ باب:

---

(١) السنن الكبرى ط العثمانية الهندية ١٣٥٢هـ (٦/ ١١٦).

(٢) سورة الكهف: الآية ٧٧.

(٣) صحيح البخاري ـ مع فتح الباري ـ (٤/ ٤٤٥).

(٤) فتح الباري (٤/ ٤٦٣).

رعي الغنم على قراريط، وباب: استئجار المشركين عند الضرورة أو إذا لم يوجد أهل الإسلام، وباب: إذا استأجر أجيراً ليعمل له بعد ثلاثة أيام، أو بعد شهر، أو بعد سنة، جاز، وهما على شرطهما الذي اشترطاه إذا جاء الأجل، وباب: الأجير في الغزو، وباب: إذا استأجر أجيراً فبيَّن له الأجل، ولم يبيِّن العمل، وهكذا[1].

وخصص كذلك أبو داود كتاباً للإجارة، فبدأه بباب: في كسب المعلم، وباب في كسب الأطباء، وباب في كسب الحجام[2]. . . ، كما أن بقية كتب السنة المشرفة لم تغفل الأحاديث الوارد في الإجارة إما ضمن كتاب البيوع، أو نحوه.

ونحن هنا نذكر بعض الأحاديث الخاصة الدالة على مشروعية الإجارة على الأشخاص منها:

١ ـ حديث عائشة رضي الله عنها في قضية الهجرة، حيث قالت: (واستأجر النبي ﷺ وأبو بكر رجلاً من بني الدّيل (اسم قبيلته) هادياً خريتاً (أي: ماهراً)، وهو على دين كفار قريش. . .)[3]. حيث يدل بوضوح على استئجار غير المسلم.

٢ ـ حديث أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: «**قال الله تعالى: ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة: . . . ، ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يعطه أجره**»[4]. حيث يدل على حرمة المماطلة في دفع الأجر أو عدم إعطائه للأجير.

---

(١) صحيح البخاري ـ مع الفتح ـ (٤/ ٤٣٩ ـ ٤٦٣).

(٢) سنن أبي داود، إعداد وتعليق الدعاس، وعادل السيد، نشر: محمد علي السيد، حمص ١٩٧١ (٣/ ٧٠١، وما بعدها).

(٣) رواه البخاري في صحيحه ـ مع الفتح ـ كتاب الإجارة (٤/ ٤٤٣).

(٤) رواه البخاري في صحيحه ـ مع الفتح ـ كتاب البيوع (٤/ ٤١٧)، وكتاب الإجارة (٤/ ٤٤٧).

٣ ـ حديث أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: **«ما بعث الله نبيًّا إلَّا رعى الغنم، فقال أصحابه: وأنت؟ فقال: نعم، كنت أرعاها على قراريط لأهل مكة»**[١]. حيث يدل على جواز الاستئجار على رعي الغنم، وأفضليته، لأنه يعلم الراعي الرفق بالحيوان والصبر.

٤ ـ حديث ابن عباس رضي الله عنهما عن النبي ﷺ قال: **«إن أحق ما أخذتم عليه أجراً كتاب الله...»**[٢]، وكذلك حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه بشأن الرقية في مقابل قطيع من الغنم[٣]. حيث يدل على جواز أخذ الأجر على الرقية المشروعة.

٥ ـ حديث ابن عباس رضي الله عنهما عن النبي ﷺ قال: **«احتجم النبي ﷺ وأعطى الحجام أجره»**[٤]، حيث يدل بوضوح على إجارة الأشخاص حتى ولو كانت الإجارة حجامة.

٦ ـ حديث أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: **«أعطوا الأجير أجره قبل أن يجفّ عرقه»**[٥]. حيث يدل على وجوب الإسراع بإعطاء الأجير أجره.

ثالثاً: الإجماع:

وقد انعقد على جواز الإجارة الاجماع في عهد الصحابة، والتابعين، وأصحاب المذاهب المعتبرة إلَّا ما روى عن بعض المتأخرين كأبي بكر الأصم، وابن عليّة حيث قالا بعدم جوازها لما فيها من غرر، وهو خلاف جاء بعد

---

(١) صحيح البخاري ـ مع الفتح ـ كتاب الإجارة (٤/ ٤٤١).

(٢) صحيح البخاري ـ مع الفتح ـ (٤/ ٤٥٢ ـ ٤٥٣).

(٣) صحيح البخاري ـ مع الفتح ـ (٤/ ٤٥٣).

(٤) صحيح البخاري ـ مع الفتح ـ (٤/ ٤٥٨).

(٥) رواه ابن ماجه الحديث ٢٤٤٣، والبيهقي في السنن الكبرى (٦/ ١٢١) بروايتين، وقال الألباني في الإرواء (٥/ ٣٢٠) صحيح.

الاجماع فلا يعتدّ به، قال الكاساني الحنفي: (وأما الإجماع فإن الأمة أجمعت على ذلك قبل وجود الأصم، حيث يعقدون عقد الإجارة من زمن الصحابة إلى يومنا هذا من غير نكير، فلا يعبأ بخلافه إذ هو خلاف الإجماع)[1].

رابعاً: المصالح المعتبرة ومقاصد الشريعة:

لا شك أن جواز الإجارة تحقق مصالح كثيرة للمؤجر والمستأجر وللمجتمع، حيث الحاجة ماسة إلى مشروعيتها، وأن مع منعها يترتب عليه حرج شديد يتنافى مع مقاصد الشريعة في رفع الحرج، حيث يقول الله تعالى: ﴿يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ﴾[2]، وقال تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾[3].

فالناس محتاجون إلى المنافع كحاجتهم إلى الأعيان، فالفقير محتاج إلى مال الغني، والغني محتاج إلى عمل الفقير بل المسألة أشمل من الغني والفقير، فالمجتمع بصورة عامة محتاج إلى تبادل بين الأموال والأعمال والمنافع، وهذا لا يتحقق إلَّا من خلال عقد الإجارة بنوعيه الواردين على الأعيان والأشخاص.

وأما مقاصد الشريعة في مشروعية عقد الإجارة هي ما يأتي:

١ ـ رفع الحرج بين الناس في تحقيق المصالح التي ذكرناها آنفاً.

٢ ـ تحقيق التبادل بين المنافع والخدمات بصورة مشروعة ميسورة.

٣ ـ تحقيق الاستثمار والأرباح من خلال تأجير المنافع والخدمات، وبعبارة أخرى: إيجاد وسائل مشروعة للتمويل والاستثمار لتحقيق التنمية والتعمير.

---

(١) بدائع الصنائع ط مؤسسة التأريخ العربي ببيروت ١٤٢١هـ (١٦/٤).

(٢) سورة البقرة: الآية ١٨٥.

(٣) سورة الحج: الآية (٧٨).

طبيعة عقد الإجارة على الأشخاص

عقد الإجارة عقد من عقود المعاوضات المالية اللازمة للطرفين، فلا يجوز فسخها بعد انعقادها إلَّا برضا الطَّرفين عند جماهير الفقهاء، واستثنى أبو حنيفة وأصحابه حالة عذر طارىء، حيث يجوز للمكتري فسخ الإجارة للعذر الطارىء على المستأجر، مثل أن يستأجر دكّاناً يتجر فيه فيحترق متاعه أو يسرق[1].

ويترتب على ذلك أن فيه الخيارات الخاصة بالعقود المالية الملزمة من خيار الشرط، وخيار المجلس عند من يقول به[2].

وعقد الإجارة على الأشخاص عقد مشروع على وفق القياس عند جماعة من الفقهاء، منهم جماعة من الحنابلة وانتصر له ابن تيمية، وابن القيم بقوة، وذهب جماعة منهم الحنفية[3] إلى أنه عقد وارد على غير القياس (أي: القاعدة العامة) بناءً على أنه عقد وارد على المعدوم وهو المنفعة[4].

والراجح أن عقد الإجارة عقد جار وفق القياس، وليس استثناءً، وذلك لورود أدلة خاصة من الكتاب والسُّنَّة بمشروعيته.

---

(١) الفتاوى الهندية (٤/ ٤١٠)، والشرح الكبير مع الدسوقي (٤/ ٢)، والروضة (٥/ ١٧٣)، والمغني لابن قدامه مع الشرح الكبير(٦/ ٢٠ ـ ٢١).

(٢) يراجع المصادر السابقة.

(٣) كشاف القناع (٣/ ٥٤٧)، ومجموع الفتاوى (٣٠٠/ ١٩٨)، وإعلام الموقعين (١/ ٤٥٤)، ويراجع: د. شرف الشريف: المرجع السابق (ص٤٤).

(٤) تبيين الحقائق (٥/ ١٠٥).

أنواع الإجارة على عمل الأشخاص

التقسيم الأوَّل باعتبار محلها:

تقسم الإجارة على الأشخاص باعتبار محلها إلى نوعين هما: الإجارة على منفعة شخص يختص بالمستأجر، والإجارة على عمل شخص ليس مختصاً بالمستأجر فقط.

النوع الأوَّل: الإجارة على شخص خاص: وهي الإجارة التي يقتضي تنفيذها تسليم الأجير نفسه للمستأجر ليعمل عنده مدة من الزمن، وذلك مثل أن يتم العقد بينهما على أن يعمل له الخياطة، أو التجارة، أو السباكة، أو الخدمة، أو الإدارة لمدة شهر مثلاً.

فالعقد هنا يحدد أجيراً بذاته فيسلم نفسه إلى صاحب العمل (المستأجر) فيعمل لديه لأي عمل مشروع خلال زمن محدد، وهو ما يسمى الأجير الخاص الذي لا يعمل إلَّا للمستأجر، كالخادم والموظف، وأنه يستحق الأجرة بمضي المدة بعد تسليم نفسه إليه.

النوع الثَّاني: الإجارة الواردة على عمل شخص ليس مختصاً بالمستأجر: وهذا ما يسمى الأجير المشترك أو الأجير العام؛ لأنه ليس خاصاً بصاحب العمل، حيث إن التزامه ينحصر في إكمال العمل الذي طلب منه على الوجه المطلوب، فهو لا يسلم نفسه إلى المستأجر، بل يبقى في محله، كما أنه يتقبل الأعمال من الآخرين[1].

---

(١) يراجع في موضوع الأجير الخاص والأجير الشترك: بدائع الصنائع (٤/ ١٨٩)، والهداية (٣/ ٢٤٥)، والشرح الكبير مع الدسوقي (٤/ ٨١)، وحاشية القليوبي وعميرة على المحلى (٣/ ٨١)، والمغني مع الشرح الكبير (٦/ ٤١)، ود .شرف الشريف، المرجع السابق (ص٥٩ ـ ٦٠)، والموسوعة الفقهية الكويتية (١/ ٢٨٨).

فالمعيار المميّز في الأجير الخاص والعام هو أن الأجير الخاص عليه أن يسلم نفسه لصاحب العمل (فرداً أو جماعة أو مؤسسة أو شركة)، وبعبارة شاملة: أن يمكن صاحبه من الاستفادة منه، وأن يحدد له مدة معينة يكون لصاحب العمل الحق في الانتفاع به دون غيره، وأنه إذا لم يكلف بعمل، أو لم ينجز العمل دون تقصير فإنه يستحق الأجر المتفق عليه، فالعقد وارد على الشخص نفسه أصلاً ليقوم بعمل ما، فيكون العمل تبعاً، ولكن على الأجير أن لا يصرف من وقته المحدد في عقد الإجارة إلى غير المستأجر.

وأما الأجير المشترك فالمعيار فيه هو إتمام العمل المطلوب دون تسليم نفسه إلى صاحب العمل، وأن صاحب العمل لا يختص به، فالعقد وارد أصلاً على العمل وليس على الشخص مباشرة، ولذلك لا يستحق الأجرة إلّا باتمام العمل وتسليمه إلى صاحب العمل.

التقسيم الثَّاني باعتبار التعيين، أو ما في الذمة:

حيث تقسم الإجارة على الأشخاص إلى نوعين:

النوع الأوَّل: الإجارة الواردة على شخص معين، وهي التي يلتزم فيها العاقدان بان يكون محل العقد منفعة شخص معين مثل أن يقول المستأجر في الإجارة الخاصة: أجرت زيداً لعمل كذا لمدة كذا، وكقصة سيدنا موسى عليه السَّلام، وفي الإجارة المشتركة يقول: أجرتك أيها الخياط لخياطة هذا الثوب، قال النووي: (وكمن استأجر شخصاً بعينه لخياطة ثوب)[1].

النوع الثَّاني: الإجارة الواردة على الذمة، وهي ما يكون محل العقد منفعة موصوفة في الذمة، وصفاً تنتفى به الجهالة، وذلك بأن يقول في الإجارة الخاصة، لزيد ـ مثلاً ـ اتفقت معك على أن تقوم بتخصيص شخص مواصفاته كذا ليقوم بخدمتي أو تطبيبي لمدة سنة بمبلغ كذا، أو لإجراء عملية

---

(١) الروضة (٥/ ١٧٣).

جراحية، أو لتعليم شخص في تخصص كذا، يكون الأجرة لكل فصل، أو سنة كذا، وهكذا: وحينئذ يجوز أن يقوم زيد بهذا الواجب، أو أي شخص آخر تتوافر فيه المواصفات المطلوبة، قال النووي: (وواردة على الذمة كمن استأجر دابة موصوفة للركوب، أو الحمل، أو قال: ألزمت ذمتك خياطة هذا الثوب، أو بناء الحائط...)[١].

والمثال للإجارة المشتركة أن يقول المستأجر: ألزمت ذمتك خياطة هذا الثوب، أو أن يقول لزيد ـ مثلاً ـ: اتفقت معك على خياطة هذا الثوب، حسب المواصفات المبينة.

فالمعيار في التفرقة بين النوعين هو أن النوع الأوَّل وارد على معين، ولذلك لا يستبدل بشخص آخر كما أنه يبطل بموت الأجير، أو فقدانه الأهلية، في حين أن النوع الثَّاني وارد على شيء موصوف في الذمة، فكيفما يتحقق العمل المطلوب حسب المواصفات فقد برأت ذمة الأجير (خاصًّا كان أو عامًّا)[٢] كما أنه لا يبطل بموته، ولا بفقدان أهليته.

أحكام الإجارة الواردة على الذمة

لم يفصل الفقهاء في هذا النوع، ولذلك نحاول جمع شتاته بقدر الإمكان بادئين بذكر بعض نصوص الفقهاء، يقول الإمام العمراني الشافعي: (وما عقد من الإجارة على منفعة في الذمة، فيجوز أن تكون المنفعة حالّة،...، مثل: أن يقول: استأجرتك على تعجيل خياطة هذا الثوب حالاً، ويجوز أن تكون المنفعة مؤجلة مثل أن يقول: استأجرتك على تحصيل خياطة هذا الثوب إلى أول شهر كذا؛ لأن المنفعة في الذمة كالمسلَم فيه، والمسلَم فيه يصح أن يكون حالاً ومؤجلاً، وإن أطلق ذلك اقتضى الحلول، كما قلنا في السلم إذا لم يذكره مؤجلاً.

(١) المصدر السابق (٥/ ١٧٣ ـ ١٧٤).

(٢) المصادر السابقة، ويراجع: الروضة (٥/ ١٧٤).

وتنعقد هذه الإجارة بلفظ السلَم، فيقول: أسلمت إليك ديناراً في ذمتي، أو هذا الدينار بمنفعة ظَهْر، من صفته كذا وكذا، لأركبه إلى بلد كذا وكذا، وتنعقد بلفظ الإجارة، بأن يقول: أجّرني ظهراً من صفته كذا وكذا، لأركبه إلى موضع كذا.

وسئل الشيخ أبو حامد عمّن قال: استأجرت منك ظهراً في ذمتك، من صفته كذا وكذا، لأركبه شهراً، أتسلّمه إلى أول الشهر الفلاني غير متصل بالعقد؟ فتوقف، وقال: أنا أنظر فيه، فقال بعض أصحابه: عندي أنه يجوز؛ لأن المنفعة في هذه الإجارة يصح أن تقدّر بالمدة والعمل، فلما جاز أن تتقدر بالعمل، جاز أن تتقدر بالمدة، ولا يجوز أن تكون الأجرة هاهنا مؤجلة؛ لـ: (أن النبي ﷺ نهى عن الكالىء بالكالىء)، و(الكالىء بالكالىء): هو بيع النسيئة بالنسيئة، ولأن هذه الإجارة في معنى المسلم فيه، ورأس مال السلم لا يصح أن يكون مؤجلاً، وهل يشترط هاهنا قبض الأجرة في المجلس قبل أن يتفرقا؟ ينظر فيه: فإن عَقدَ الإجارة بلفظ السلم... اشترط قبض الأجرة قبل أن يتفرقا، كما قلنا في السلم.

وإن عقد بلفظ الإجارة.. فيه وجهان:

أحدهما: لا يشترط قبضه في المجلس قبل التفرق اعتباراً باللفظ.

والثَّاني: يشترط قبضه قبل التفرق، وهو اختيار الشيخ أبي اسحاق اعتباراً بالمعنى، ومثل هذين الوجهين الوجهان في قبض رأس مال السلم في المجلس إذا عقد السلم بلفظ البيع، وقد مضى ذكرهما)[1].

ويقول ابن قدامة: (ولا يجب تسليم أجرة العمل في الذمة حتى يتسلمه إذا استؤجر على عمل)، وجاء في الانصاف النص على أنها تملك بالعقد

---

(١) البيان في مذهب الإمام الشافعي ط دار المنهاج بجدة (٧/ ٣٣٤ ـ ٣٣٥).

أيضاً، ولكن لا يستحق تسلمها إلّا بفراغ العمل، وتسليمه لمالكه على الصحيح من المذهب، وعليه جماهير الأصحاب[1].

وقال ابن مفلح: (والإجارة أقسام: . . . إجارة عين موصوفة في الذمة فيشترط صفات السلم، ومتى غصبت أو تلفت أو تعبت لزمه بدلها، فإن تعذر فللمشتري الفسخ. . . وعقد على منفعة في الذمة في شيء معين، أو موصوف كخياطة، ويشترط ضبطه بما لا يختلف. . .)[2].

وقد فصَّل المنهاجي الأسيوطي الشافعي تفصيلاً جيداً، ورتب له صورة عقد حسب ما كان الشائع في عصره، فقال: (ويشترط في الإجارة في الذمة تسليم الأجرة في المجلس، كتسليم رأس مال السلم في المجلس، وفي إجارة العين لا يشترط، ويجوز في الأجرة التعجيل والتأجيل إن كانت في الذمة)[3].

وقال: (وفي الإجارة في الذمة لا بدّ من ذكر الجنس والنوع، والذكورة والأنوثة، وتبيين قدر السير في كل يوم. . . ولا يشترط معرفة جنس الدابة وصفتها، إن كانت الإجارة في الذمة، إلّا إذا كان المحمول زجاجاً ونحوه، ولا يجوز الاستئجار للعبادات التي لا تنعقد إلّا بالنية، ويستثنى الحج وتفرقة الزكاة، وكذا الجهاد، ويجوز لتجهيز الميت ودفنه، وتعليم القرآن)[4].

ثمَّ ذكر التفاصيل الجيدة فقال: (وفي إجارة الذمة لا تنفسخ بالتلف، ولا يثبت فيها الخيار بالعيب، ولكن على المكري الإبدال. . .)[5].

---

(١) الشرح الكبير المطبوع مع المقنع والإنصاف بتحقيق أ. د. عبد الله بن عبد المحسن التركي (١٤/ ٥٠٨).
(٢) الفروع ط دار الكتب العلمية ـ بيروت (٤/ ٣٣٠ ـ ٣٣١).
(٣) جواهر العقود ومعين القضاء والموقعين والشهود ط دار الكتب العلمية ببيروت ١٩٩٦م (١/ ٢٠٩).
(٤) المصدر السابق (١/ ٢١١).
(٥) المصدر السابق (١/ ٢١٢).

صورة الإجارة الموصوفة في الذمة:

ثمَّ ذكر صورة الإجارة الواردة على الذمة بتأجيل المنفعة وتعجيل الأجرة: (وصورة الإجارة الواردة على الذمة بتأجيل المنفعة وتعجيل الأجرة: استأجر فلان من فلان. فأجره نفسه على أن يحمل المستأجر المذكور وزوجته فلانة في زوج محاير عجمي ملبد مغطى بثوب جوخ ويصف ما يحمله لهما من الاحمال والحوائج خاناه والمواهي والزوامل، وما فيها من القماش والاثاث والزاد والماء، ويضبط كل شيء منها بالوزن، ويذكر الخيمة وآلة الطبخ والكراريز، والدست والصاغرة، والمنصب الحديد والتعاليق، وما فيها من الادهان. وقماش البدن، وما يقيهما من الحر والبرد. ويستوفي الكلام في ذكر ما يحتاج إليه الحاج ـ ثمَّ يقول: من مدينة كذا، إلى مدينة كذا، ثمَّ إلى مكة المشرفة، ثمَّ إلى عرفات، ثمَّ إلى منى، ثمَّ إلى مكة المشرفة، ثمَّ إلى المدينة الشريفة النبوية، على الحال بها أفضل الصَّلاة والسَّلام، ثمَّ إلى الينبوع، ثمَّ إلى العقبة، ثمَّ إلى القاهرة المحروسة، على جمال يقيمها من ماله وصلب حاله، صحبة الركب الشريف السلطاني الشامي ـ أو المصري، أو الحلبي، أو الكوفي، أو الغزاوي ـ ذهاباً وإياباً، وعلى أن يحمل له في الرجعة من التمر والجوز والشاشات، والأزر البيارم، والانطاع والجلود الطائفي وغير ذلك من أنواع الهدية المعتادة كذا وكذا ـ ويضبط كل نوع منها بتقدير وزن معلوم ـ إجارة صحيحة شرعية بأجرة مبلغها كذا على حكم الحلول، دفعها المستأجر المذكور إلى المؤجر المذكور بحضرة شهوده. فقبضها منه قبضاً شرعياً. وهذه الأجرة يجوز تعجيلها وتأجيلها. ولا بد فيها من اعتراف المؤجر بمعرفة ما عاقد عليه المعرفة الشرعية النافية للجهالة. ثمَّ يقول: وعليه الشروع في السفر من استقبال كذا صحبة الركب الشريف المشار إليه مصحوباً بالسَّلامة. ويكمل على نحو ما سبق)[1].

---

(١) جواهر العقود ومعين القضاء والموقعين والشهود ١٩٩٦م (١/ ٢٢٠ ـ ٢٢١).

ويقول الأسيوطي: (الإجارة الواردة على الذمة لا يجوز فيها تأجيل الأجرة، ولا الاستبدال عنها، ولا الحوالة بها، ولا الحوالة عليها، ولا الابراء، بل يجب التسليم في المجلس. . . ، والأولى أن يورد الإجارة على الذمة في البناء والخياطة، وتعليم الخط والقراءة والحج، ويكتب: (ألزم فلان ذمته أن يخيط لفلان كذا. . .)[1].

شروط الإجارة الموصوفة في الذمة:

بالإضافة إلى الشروط العامة للإجارة، هناك شروط للإجارة الموصوفة في الذمة، وهي:

١ ـ ذكر الأوصاف التي يتم بها ضبط المنفعة، وبعبارة الفقهاء استيفاء صفات السلم بحيث ينتفى معها الغرر والجهالة.

٢ ـ أن يتم تسليم الأجرة في المجلس إن تم العقد بلفظ السلم، أما إذا تم بلفظ الإجارة أو نحوها فلا يشترط على وجه للشافعية[2]، ووجه راجح للحنابلة[3]، وقد ذكرنا ما نص العمراني الشافعي عليه، وجاء في المنهاج مع شرح المحلى للنووي: (ويشترط في إجارة الذمة تسليم الأجرة في المجلس كرأس مال السلم؛ لأنها سلم في المنافع. . . ، ويجوز في الإجارة التعجيل والتأجيل إن كانت في الذمة)[4]، حيث يفهم من هذا النص أن الإجارة إن كانت بلفظ السلم فيجب تعجيل الثمن في مجلس العقد، وإن كانت بلفظ الإجارة فلا يجب ذلك، ومثل ذلك نجده في المذهب الحنبلي، حيث جاء في شرح منتهى الإرادات: (وشرط استقصاء صفات السلم في موصوفة بذمة،

(١) المصدر السابق (١/ ٢٣٤).
(٢) روضة الطالبين (٥/ ١٧٤).
(٣) الكافي (٢/ ٣٢١).
(٤) المنهاج وشرح المحلى مع حاشيتي قليوبي وعميرة (٣/ ٦٨).

لاختلاف الأغراض باختلاف الصفات. . . وإن جرت إجارة موصوفة في الذمة بلفظ: (سلم كأسلمتك هذا الدينار في منفعة عبد صفته كذا وكذا لبناء حائط مثلاً وقبل المؤجر اعتبر قبض أجرة بمجلس عقد لئلا يصير بيع دين بدين واعتبر تأجيل نفع إلى أجل معلوم كالسلم، فدل على أن السلم يكون في المنافع كالأعيان، فإن لم تكن بلفظ سلم ولا سلف لم يعتبر ذلك. . .)(١)، وجاء في الكافي: (وإن شرطا تأجيلها ـ أي: الأجرة ـ جاز إلَّا أن يكون العقد على منفعة في الذمة، ففيه وجهان: أحدهما يجوز لأنه عوض في الإجارة، فجاز تأجيله، كما لو كان على عين. . .، والثَّاني: لا يجوز؛ لأنه عقد على ما في الذمة فلم يجز تأجيل عوضه كالسلم)(٢).

٣ ـ أن تحدد المنفعة المراد تقديمها إلى الطَّرف الآخر بمدة معلومة مثل الشهر، أو السنة، أو ثلاثين يوماً(٣).

ومن الحنابلة فصل الشُّوَيْكي (ت٩٢٩هـ) في الإجارة الموصوفة في الذمة، فقال: (والضرب الثَّاني: عقد على منفعة في الذمة:

١ ـ مضبوطة بما لا يختلف، كسَلَم.

٢ ـ ويلزمه الشروع عقب العقد، ولا يكون الأجير فيها إلَّا آدمياً، ويسمى مشتركاً.

٣ ـ ولا يصح جمعه بين عمل ومدة، كقوله: استأجرتك اليوم لعمل معلوم)(٤).

---

(١) شرح منتهى الارادات ط عالم الكتب ببيروت (٢/ ٢٥٢).
(٢) الكافي لابن قدامة، ط المكتب الاسلامي ببيروت (٢/ ٣١١).
(٣) المصادر الفقهية السابقة.
(٤) التوضيح في الجمع بين المقنع والتنقيح، بتحقيق ناصر بن عبد الله الميمان، ط المكتبة المكية ١٤١٩هـ (٢/ ٧٤٠ ـ ٧٤١).

وقال: (ومن استؤجر لعمل شيء في الذمة، ولم تشترط عليه مباشرة بنفسه، فمرض، أقيم مقامه/ من يعمله، والأجرة عليه، إلَّا ما يختلف فيه القصد، كنسخ ونحوه فلا، وإن كانت الإجارة على عينه في مدة أو غيرها، أو شرط عليه مباشرته فيه بنفسه، لم يقم غيره مقامه، وإن وجد العين معيبة، أو حدث بها عيب يظهر به تفاوت الأجرة، فله الفسخ إن لم يزل بلا ضرر يلحقه والإمضاء مجَّاناً)، وقال أيضاً: (وإن عقد على موصوف، ذَكَر نوعه وكبره وصغره)، وقال: (وتجب أجرة بنفس عقد، سواء كانت إجارة عين أو ذمة، وستحتق كاملة بتسليم عين لمستأجر أو بذلها له، وبفراغ عمل بيد مستأجر، وبدفعه إليه بعد عمله، وتستقر بمضي المدة وبفراغ العمل، إلَّا أن يتفقا على تأخير تسليمها)[1].

تأجير المنفعة المؤجرة إلى الغير بعد تسلمها:

وعلى الرغم من أن الإجارة الموصوفة في الذمة لا تنفسخ بتلف العين المؤجرة المسلمة إلى المستأجر، فإن المستأجر يحق له تأجير العين المسلمة إليه لشخص آخر بناءً على ثبوت ملكية الاختصاص له، يقول الإمام النووي: (وإن كانت الإجارة على الذمة، وسلم دابة وتلفت لم ينفسخ العقد وإن وجد بها عيباً لم يكن له الخيار في فسخ العقد ولكن على المؤجر إبدالها ثمَّ الدابة المسلمة عن الإجارة في الذمة وإن لم ينفسخ العقد بتلفها فإنه ثبت للمستأجر فيها حق الاختصاص حتى يجوز له إجارتها ولو أراد المؤجر إبدالها فهل له ذلك دون إذن المستأجر وجهان أصحهما عند الجمهور المنع لما فيها من حق المستأجر والثَّاني قاله أبو محمد واختاره الغزالي إن اعتمد باللفظ الدابة بأن قال أجرتك دابة صفتها كذا لم يجز الإبدال وإن لم يعتمدها بل قال التزمت إركابك دابة صفتها كذا جاز. ويتفرع على الوجهين ما إذا أفلس المؤجر بعد تعيين عن إجارة الذمة هل يتقدم المستأجر بمنفعتها على الغرماء وقد ذكرناه

---

(١) المصدر السابق (٢/ ٧٤٥، ٧٤٧، ٧٤٨).

في التفليس والأصح التقدم. ولو أراد المستأجر أن يعتاض عن حقه في إجارة الذمة فإن كان قبل أن يتسلم دابة لم يجز لأنه اعتياض عن المسلم فيه وإن كان بعد التسليم جاز لأن هذا الاعتياض عن حق في عين هكذا قاله الأئمة. وفيه دليل على أن القبض يفيد تعلق حق المستأجر بالعين، فيمتنع الإبدال دون رضاه)[1].

الفروق الجوهرية
بين الإجارة المعينة في المنافع، والموصوفة في الذمة

من خلال النصوص التي ذكرناها يتبيَّن لنا الفروق الآتية بين الإجارة المعينة، والإجارة الموصوفة في الذمة:

١ ـ إن الإجارة الموصوفة تقع على منفعة (خدمة) موصوفة في الذمة دون تحديد الشخص الذي يقدمها بعينه، في حين أن الإجارة المعينة تقع على منفعة محددة لشخص معين.

٢ ـ إذا مات الأجير الطبيعي، فإن الإجارة المعينة تنفسخ مطلقاً سواء كان بعد الانتفاع ببعض خدماته أم قبله، وأما الإجارة الموصوفة في الذمة فلا تنفسخ بموته، بل على المؤجر أن يقدم الخدمة الموصوفة من خلال شخص آخر.

وإذا تعيب الأجير فإن للمستأجر الحق في فسخ العقد في الإجارة المعينة، وحق الاستبدال في الإجارة الموصوفة في الذمة.

وإذا كان الأجير شخصاً معنوياً مثل المستشفى، أو الجامعة، أو الطيران، فإن الحكم السابق المفصل يطبق عليه في حالة الهلاك، أو عدم القدرة، وفي حالة التعيب والنقص.

---

(١) روضة الطالبين (٥/ ٢٢٣ ـ ٢٢٤).

٣ ـ إن خيار العيب ثابت في الإجارة المعينة، وغير وارد في الإجارة الموصوفة في الذمة لأن المنفعة تستبدل عند العيب؛ لأنها ليست معينة.

٤ ـ وجوب تقديم المنفعة (الخدمة) الموصوفة في الذمة بالشكل الذي يتمكن المستأجر من الاستفادة منها، وهذا يستلزم تقديم التوابع الضرورية، والحاجية التي لا يمكن الانتفاع بالمنفعة إلَّا بعد تحققها، في حين أن الإجازة المعينة لا تستدعي ذلك إلَّا إذا اشترط.

٥ ـ إن الإجارة الموصوفة في الذمة يجوز فيها تأجيلها إلى المستقبل وهو الغالب (أي: الإضافة إلى المستقبل) في حين أن الإجارة المعينة لا تجوز فيها الإضافة إلى المستقبل، وهذا عند الشافعية، أما غيرهم فقد أجازوها.

٦ ـ لا يشترط في الإجارة الموصوفة في الذمة وجو الخدمة الموصوفة في الذمة وقت العقد، ولا وجود الشخص المقدم للخدمة، حيث تستطيع المؤسسة المالية تقيدمها حسب المواصفات، في حين أن الإجارة المعينة لا بدّ من وجود الشخص الذي يقدم الخدمة أثناء العقد[١].

التقسيم الثَّالث باعتبار صيغتها: حيث تقسم الإجارة بهذا الاعتبار إلى إجارة منجزة، وإجارة مضافة إلى زمن مستقبل، وإضافة معلقة:

النوع الأوَّل: الإجارة المنجزة: هي التي يعبر فيها بصيغة دالة على إنجاز العقد دون تعليق ولا تأقيت، مثل أن يقول: أجرتك لمدة عام بمبلغ كذا، حيث تبدأ الإجارة من وقت العقد.

وهذا هو الأصل، إذا لم يوجد في العقد ما يصرف الصيغة عن التنجيز، أو لم ينص على بداية العقد، فإن الإجارة تكون منجزة، فتبدأ من وقت العقد[٢].

---

(١) المصادر الفقهية السابقة التي ذكرنا نصوصها.

(٢) الفتاوى الهندية (٤/ ٤١٠)، والشرح الصغير (٤/ ٣٠)، ونهاية المحتاج (٥/ ٢٦)، وشرح المحلى مع حاشية القليوبي وعميرة (٣/ ٧١)، وكشاف القناع (٤/ ٣).

النوع الثَّاني: الإجارة المضافة إلى زمن مستقبل، مثل أن يقول: أجرتك لمدة عام بدءاً من شهر كذا، أو أجرتك من يوم كذا إلى كذا، وذلك بأن يتم التعاقد، ولكن يؤخر البدء بالإجارة إلى زمن لاحق، وهكذا.

والإضافة في الإجارة صحيحة بالاجماع في الإجارة الواردة في الذمة، أما الواردة على الأعيان المعينة فجماهير الفقهاء على صحة الإضافة فيها إلى مستقبل، وخالفهم أكثرية الشافعية إلَّا في بعض صور مستثناة أجازوا فيها الإضافة مثل أن تكون المدة يسيرة، أو الاستعداد قائماً، أو نحو ذلك[١]، لكن الشيخين (الرافعي والنووي) قالا: ان التفرقة بين إجارة الذمة، وإجارة العين لفظية في هذا النطاق لأن كلتيهما واردة على العين، أي: على منفعتها[٢].

وذهب محمد بن الحسن الشيباني في إحدى الروايتين عنه إلى أن الإجارة إذا أضيفت إلى زمن زالت عنها صفة اللزوم، وأصبحت غير لازمة بحيث يجوز لأحد الطَّرفين فسخها قبل حلول بدء مدتها[٣].

والراجح جواز إضافة الإجارة إلى المستقبل، حيث ترجم البخاري باباً لهذا سماه: باب إذا استأجر أجيراً ليعمل له بعد ثلاثة أيام، أو بعد شهر، أو بعد سنة جاز، وهما على شرطهما الذي اشترطاه إذا جاء الأجل، ثمَّ أورد حديث عائشة رضي الله عنها قالت: (واستأجر رسول الله ﷺ وأبو بكر رجلاً من بني الدّيل هادياً خريتاً وهو على دين كفار قريش، فدفعا إله راحلتيهما، ووعداه غار ثور بعد ثلاث ليال، فأتاها براحلتيهما صبح ثلاث)[٤].

---

(١) شرح المحلى (٣/ ٧١)، ونهاية المحتاج (٥/ ٢٦١).

(٢) روضة الطالبين (٥/ ١٨٢ ـ ١٨٤)، وحاشية القليوبي على شرح المحلى على المنهاج (٣/ ٦٨).

(٣) الفتاوى الهندية (٤/ ٤١٠).

(٤) صحيح البخاري ـ مع الفتح ـ كتاب الإجارة، ط السلفية (٤/ ٤٤٣).

قال الحافظ ابن حجر: (والذي ترجم به هو ظاهر القصة، ومن قال ببطلان الإجارة إذا لم يشرع في العمل من حين الإجارة هو المحتاج إلى دليل... واستنبط من هذه القصة جواز إجارة الدار مدة معلومة قبل مجيء أول المدة)[1].

أما تعليق الإجارة على حدوث أمر في المستقبل فلم يجزه الجمهور لكن الحنفية والحنابلة في رواية أجازوا ما هو على صورة التعليق مثل لو قال لخياط: (إن خطت هذا الثوب اليوم فبدرهم، أو غداً فبنصف درهم)[2].

٤ ـ محل العقد أو المعقود عليه هو الأجرة والمنفعة، وليس أصل العين، وقد أولى العلماء عناية كبيرة ببيان أحكام الأجرة، والمنفعة، نذكر أهمها بإيجاز.

النوع الثَّالث: تعليق الإجارة: إذا قصد بالتعليق تعليق عقد الإجارة على تحقق شيء مثل أن يقول: إن جاء فلان فقد أجرتك، فهذا التعليق غير جائز في عقد الإجارة باتفاق الفقهاء[3]، وذلك لأنه يؤدي إلى وجود احتمال وغرر في تحقق العقد نفسه، وهذا غير جائز في الإجارة قياساً على البيع في كونهما من عقود المعاوضات اللازمة، وأنهما من عقود التمليكات، بل إن جماعة من العلماء أدخلوا الإجارة في البيع؛ لأنها في حقيقتها بيع منفعة.

وأما إذا كان التعليق لا يؤثر في العقد من حيث الاحتمال وإنما الاحتمال يكون في تحديد الزمن والثمن، بأن يقول: إن خطت هذا الثوب اليوم فبدرهم،

---

(١) فتح الباري (٤/ ٤٤٣).

(٢) يراجع: الكافي (٢/ ٢٩٢)، ومطالب أولي النهى (٣/ ٢٥٩)، وبدائع الصنايع (٥/ ٢٥٨٦).

(٣) المصادر السابقة.

أو غداً فبنصف درهم، فهذا جائز عند جمهور الفقهاء[1]؛ لأن هذه الصيغة تدل على إنشاء العقد وتحقيقه، وليس فيها دلالة على احتمالية العقد من حيث هو، وإنما الاحتمال في الثمن والمدة، إضافة إلى أن مثل هذا قد جرى به العرف، وليس فيه جهالة مؤثرة، لذلك فلا حرج فيه.

أركان عقد الإجارة على الأشخاص وشروطها[2]:

أركان عقد الإجارة على الأشخاص هي العاقدان ـ أي: الأجير والمستأجر، والصيغة؛ أي: الايجاب والقبول، والمعقود عليه وهو الأجر، والعمل، أي: المنفعة ـ ونحن هنا نذكر هذه الأركان بشيء من الشرح والتفصيل، وبخاصة فيما يتعلق بالمعقود عليه:

* الركن الأوَّل: العاقدان.

وهما: الأجير والمستأجر، وقد يكون كل واحد منهما فرداً، أو جماعة[3]، وقد يكون شخصاً طبيعيًّا، أو شخصاً معنويًّا ـ كما سبق ـ.

شروطهما:

(أ) **العقل**: يشترط في الأجير والمستأجر أن يكونا عاقلين، فلا تصح عقود المجنون، والصبي غير المميز، ومن زال عقله ولو لفترة قصيرة ما دام العقد يجري في هذه الفترة، وقد جرى خلاف في عقود السكران، والراجح

---

(١) نتائج الأفكار (٧/ ٢١٠)، وبداية المجتهد (٢/ ١٣٥)، ونهاية المحتاج (٥/ ٢٥٩)، والمغني مع الشرح الكبير (٦/ ٢٥٦).

(٢) أركان عقد الإجارة على الأشخاص وشروطها هي أركان عقد الإجارة عموماً، ويراجع المبحث السابق من هذا الكتاب تحت عنوان «أركان عقد الإجارة وشروطها»، ص٦٠٢ فما بعدها، ولكن هناك استثناءات وخواص بعقد الإجارة على الأشخاص نذكرها ها هنا بعون الله تعالى.

(٣) وقد نصت المادة ٥٧٠ من مجلة الأحكام العدلية على جواز أن يكون العاقد مجموعة من الناس.

الظاهر هو أنها إذا كانت في حالة السكر التام فإنها غير صحيحة[1].

وكذلك يجب أن تكون إرادة العاقدين لا يشوبها عيب من عيوبها من الإكراه، والتدليس، والغلط على تفصيل[2].

(ب) **التمييز**: واكتفى جمهور الفقهاء الحنفية، والمالكية، والحنابلة، بأهلية الأداء الناقصة، وبالتالي أجازوا إجارة الصبي المميز نفسه إن كان مأذوناً من وليه، وإن لم يكن مأذوناً فيصح العقد موقوفاً على الإجازة عند الحنفية، والراجح عند المالكية، وأحمد في رواية، في حين ذهب المالكية في القول المرجوح، وأحمد في رواية إلى عدم صحة العقد وانعقاده؛ لأن الولاية شرط عندهم لصحة العقد، وهذا يدخل في موضوع عقود الفضولي[3].

وذهب الشافعية والظاهرية إلى عدم صحة عقود الصبي ولو كان مميزاً[4].

مدى بقاء العقد لازماً؟

وإذا كان تأجير الصبي المميز نفسه محل خلاف بين الفقهاء فإنهم اتفقوا على جواز قيام وليه بتأجيره إن كانت فيه مصلحة، ولم توجد مفسدة، ولكنهم اختلفوا في لزوم هذا العقد إذا بلغ الصبي قبل انتهاء مدة العقد؟

فذهب الشافعية في قول، والحنابلة على المذهب إلى بقاء العقد ولزومه إلى نهايته، وبالتالي فلا يكون مخيراً في الفسخ وعدمه؛ لأن العقد تم بإرادة شرعية صحيحة، فتبقى على حالتها[5].

---

(١) يراجع لمزيد من التفصيل: د. علي القره داغي: مبدأ الرضا في العقود (١/ ٣٤٢ ـ ٣٧٤)، ومصادره المعتمدة.

(٢) المرجع السابق (١/ ٤٠٩ ـ ٨٢٢)، ومصادره المعتمدة.

(٣) يراجع: البدائع (٤/ ١٧٦ ـ ١٧٧)، والفتاوى الهندية (٤/ ٤١٠ ـ ٤١١)، والشرح الكبير مع الدسوقي (٤/ ٨١)، والمغني.

(٤) روضة الطالبين (٣/ ١٧٣).

(٥) روضة الطالبين (٥/ ٢٥٠)، والمهذب (١/ ٤٠٧)، والمحلى مع حاشية القليوبي وعميرة (٣/ ٦٨).

وذهب الحنفية، والمالكية، والشافعية في قول، والحنابلة في رواية إلى أن العقد يصبح غير لازم، ويكون الصبي بعد بلوغه مخيراً؛ لأن في استبقاء العقد إضراراً به؛ لأنه بعد البلوغ تلحقه الأنفة من خدمة الناس، ولأن المنافع تحدث شيئاً فشيئاً، وعقد الإجارة وارد على هذه المنافع المتجددة الحادثة فكان له خيار الفسخ[1].

وذهب الشافعية على القول الأصح، والحنابلة في رواية ثالثة إلى التفرقة بين مدة حددها الولي وكان يعرف أنه يبلغ قبل انتهائها، حيث يكون للصبي البالغ الخيار، وبين مدة لم يكن متوقعاً بلوغه فيها، ولكنه بلغ، وحينئذ يظل العقد لازماً إلى نهاية المدة[2].

وقد أوضح النووي مذهب الشافعي، فقال: (للولي إجارة الطفل وماله، أبا كان أو وصياً أو قيّماً، إذا رأى المصلحة فيها، لكن لا يجاوز مدة بلوغه بالسن، فلو أجره مدة يبلغ في أثنائها، بأن كان ابن سبع سنين، فأجره عشر سنين، فطريقان، قال الجمهور: يبطل فيما يزيد على مدة البلوغ، وفيما لا يزيد قولاً تفريق الصفقة، والثَّاني: القطع بالبطلان في الجميع، وهو الأصح عند البغوي. . .، قلت: واختاره أيضاً ابن الصباغ، والله أعلم. . .

ويجوز أن يؤجره مدة لا يبلغ فيها بالسن وإن احتمل بلوغه بالاحتلام؛ لأن الأصل بقاء الصبّا، فلو اتفق الاحتلام في أثنائها، فوجهان، أصحهما عند صاحب (المهذب)، والروياني: بقاء الإجارة، وأصحهما عند الإمام والمتولي: لا تبقى. . . قلت: صحح الرافعي في (المحرر) الثَّاني. . . والله أعلم)[3].

---

(١) بدائع الصنائع (٤/ ١٧٨)، والشرح الصغير (٤/ ١٨١)، والمغني (٦/ ٤٥).

(٢) كشاف القناع (٣/ ٤٧٥).

(٣) روضة الطالبين (٥/ ٢٥٠).

ويظهر رجحان القول الأخير؛ لأنه أعدل الآراء، وذلك لأن تحويل العقد اللازم إلى عقد غير لازم بالإطلاق الذي قاله أصحاب القول الثَّاني ليس له ما يبرره، فالعقد تم بإرادة الوليّ الذي له الولاية الشرعية، كما أن الأصل في العقود اللازمة بقاؤها على حالتها؛ لأنه قد يترتب على إعطاء الحق للصبي البالغ إضرار بالطَّرف الآخر.

ومن جانب آخر فإن بقاء القعد لازماً لمدة طويلة قد يريدها الولي يترتب عليه إضرار بالصبي، لذلك فيكون الأقرب إلى القسط والعدالة، والتوازن هو الرأي الثَّالث.

المحجور عليه لسفه أو دين:

واتفق الفقهاء على أن الحجر لسفه، أو لدين لا يمنع الشخص من تأجير نفسه لغيره إجارة خاصة، أو مشتركة؛ لأن في ذلك مصلحة، ولا تترتب مفسدة بالدائن أو بأموال الأجير نفسه، بل إن في تأجير نفسه منفعة مادية للدائن أيضاً، حيث يمكنه دفع جزء من الدين من الأجرة[١].

وأما إذا قام المحجور عليه بسبب الدين بتأجير أجير لخدمته فهذا يمنع منه إلَّا لحالة الضرورة، أو الحاجة التي تنزل منزلة الضرورة؛ لأن في ذلك إضراراً بالدائن، أما قيامه بالتأجير للخياطة والصناعة فيخضع لإذن القاضي، إلَّا في الأمور البسيطة التي يقتضيها العرف.

وأما المحجور عليه لسفه فيجوز تأجير خادم له بإذن وليه إذا كان له مال، كما أن له الحق في التأجير فيما يحتاج من خياطة وصناعة ونحوهما.

---

(١) يراجع: بدائع الصنائع (٤/ ١٨٩)، والشرح الكبير ـ مع الدسوقي ـ (٤/ ٢١)، والروضة (٥/ ٢٥٠)، وكشاف القناع (٣/ ٤٥٩).

إجارة المرأة:

لا خلاف بين الفقهاء في جواز أن تكون المرأة مستأجرة، كما لا خلاف في كونها أجيرة، من حيث المبدأ، وإن كان هناك خلاف في بعض التفاصيل والضوابط ـ كما سيأتي ـ ويدل على جواز التأجير ـ من حيث المبدأ ـ الآيات التي تدل على استئجار المرأة للرضاعة ـ كما سبق ـ والأحاديث الدالة على عمل المرأة.

إجارة غير المسلم للمسلم وبالعكس:

أجمع الفقهاء على جواز أن يستأجر المسلم غير المسلم، حيث استأجر الرسول ﷺ مشركاً ليكون دليلاً له في الهجرة ـ كما سبق ـ.

وأجاز جمهور الفقهاء أن يؤجر المسلم نفسه (سواء أكان أجيراً خاصًّا أو مشتركاً) لغير المسلم ما دام العمل الذي يقوم به جائزاً، أما إذا كان العمل غير جائز كعصر الخمر، أو حملها، ورعي الخنازير فهذا غير جائز للمسلم وغيره، وإن عقد على ذلك فإن الإجارة ترد وتفسخ إذا كانت قبل العمل، ولكن إن بدأ بالعمل، أو فرغ منه فإن الأجرة تؤخذ من الكافر ويتصدق بها، ولا يستحلها لنفسه إلَّا أنه يعذر بالجهل[1].

والشافعية والحنابلة منعوا أن يقوم المسلم بخدمة الكافر الخدمة الشخصية، والحنفية كرهوا ذلك.

والجميع منعوا ذلك إن كان في الإجارة إذلال للمسلم أو استخدامه في المعصية[2].

---

(١) البدائع (٤/ ١٨٩)، وشرح الخرشي (٧/ ١٩ ـ ٢٠)، وشرح المحلى مع حاشيتي القليوبي وعميرة (٣/ ٦٧)، والمهذب (١/ ٣٩٥)، والمغني (٦/ ١٣٨ ـ ١٣٩).
(٢) المصادر السابقة.

* الركن الثَّاني: الصيغة (الايجاب والقبول):

وهي الوسيلة التي يعبر العاقدان بها عن إرادتهما ورضاهما، ولذلك لا بدّ أن تكون صريحة واضحة بذاتها، أو بالقرائن في الدلالة على التعبير عما هو مقصود، وذلك يتم عن طريق الألفاظ الدالة على انشاء العقد وقبوله، أو الكتابة أو المعاطاة، أو الإشارة المفهمة، أو السكوت في بعض العقود، ويجوز أن يتم هذا التعبير عن الإرادة عن طريق الوسائل الحديثة كالتليفون، والانترنت، ونحوها[١].

وقد صدر قرار رقم ٥٢ (٣/٦) بجواز إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة[٢].

الشروط في الصيغة (الإيجاب والقبول)[٣]:

١ ـ تنجُّز الصيغة أي أن تكون الصيغة منجزة وهذا هو الأصل، ولكن قد يجوز أن تكون معلقة، أو مضافة حسب الضوابط السابقة.

٢ ـ موافقة القبول للإيجاب في جميع جزئياته.

٣ ـ اتصال القبول بالإيجاب في مجلس العقد.

* الركن الثَّالث: المعقود عليه[٤].

---

(١) يراجع في تفصيل ذلك: بحثنا: حكم إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة المنشور في مجلة مجمع الفقه الإسلاي الدولي، العدد ٦ (٢/ ٩٢٣ ـ ٩٦٣)، ومبدأ الرضا في العقود (٢/٧٣٨ ـ ٩١٦).

(٢) يراجع: مجلة مجمع الفقه الإسلاي الدولي، العدد ٦ الجزء ٢ (ص٧٨٥).

(٣) يراجع المبحث السابق من الكتاب، ص٦٠٤ فما بعدها، وينظر الحواشي لها للمصادر.

(٤) يراجع للتفصيل المبحث السابق، ص٦٠٧ فما بعدها، مع مصادره.

الأجرة والمنفعة من حيث الشروط وغيرها[1]

وهنا نتحدث بايجاز عما يتعلق بالأجرة والمنفعة من حيث الشروط وغيرها في مبحثين:

المبحث الأوَّل: الأجرة

القاعدة العامَّة هنا هي: أن كل ما صح أن يكون ثمناً في البيع صح أن يكون أجرة في الإجارات[2] سواء كان نقداً (دراهم، ودنانير)، أو عيناً، أو منفعة، أو خدمة، ولذلك اشترط الجمهور في الأجرة ما اشترط في الثمن[3].

قال الرافعي والنووي: (يجوز أن تكون الأجرة منفعة سواء اتفق الجنس كما إذا أجر داراً بمنفعة، أو اختلف بأن أجرها بمنفعة شخص، ولا ربا في المنافع أصلاً حتى لو أجرها بمنفعة شخص، ولا ربا في المنافع أصلاً حتى لو أجر داراً بمنفعة دارين، أو أجر حلي بذهب جاز، ولا يشترط القبض في المجلس)[4].

ومنع الحنفية أن تكون الأجرة منافع[5].

---

(١) يُنظر في بعض التفصيل: المبحث السابق من الكتاب، ص٦٠٨ فما بعدها، مع مصادره.

(٢) الذخيرة حيث ذكر هذه الكلية وأسندها إلى الأئمة دون خلاف (٥/ ٣٧٦)، والروضة (٥/ ١٧٦)، والمغني لابن قدامة (٥/ ٤٤١)، والبدائع (٦/ ٢٦٠٦).

(٣) التاج والاكليل لمختصر خليل بهامش مواهب الجليل، ط دار الكتب العلمية ببيروت (٧/ ٤٩٤)، والفتوى الهندية (٤/ ٤١٢)، وبدائع الصنايع (٦/ ٢٦٠٦)، ونهاية المحتاج (٥/ ٣٢٢)، والمغني لابن قدامة (٥/ ٤٤٠ ـ ٤٤١)، والمقنه، والشرح الكبير، والإنصاف (١٤/ ٢٩٣).

(٤) الروضة (٥/ ١٧٦).

(٥) بدائع الصنايع (٦/ ٢٦٠٨).

الأجرة بجزء شائع من الإنتاج أو من الشيء نفسه:

وقد أجاز المالكية في أحد قوليهم، وجمهور فقهاء الحنابلة، وبعض مشايخ بلخ من الحنفية[1] أن تكون الأجرة من نفس الشيء الذي يعمل فيه الأجير مثل أن يستأجره لطحن إردب بدرهم وقفيز من دقيقه، ولعصر زيتون بنصف الناتج؛ لأنهما لا يختلفان بعد العصر، ولجواز بيع نصفها كذلك، فإن كان يختلف امتنع، قال القرافي: (وتمتنع الإجارة على سلخ الشاة بشيء من لحمها لأنه مجهول قبل السلخ...)، وعن أبي الحسن: إذا دبغ جلوداً بنصفها قبل الدباغ على أن يدفعها كلها، فإن فاتت بالدباغ فعلى الدباغ قيمتها يوم قبضها، وله أجرة المثل في النصف الآخر لحصول العمل، وإن دبغها بنصفها بعد الدباغ فدبغت فهي كلها لربها، لفساد العقد بسبب الجهالة بحال المدبوغ، وللدباغ أجرة مثله...

ويجوز على قول أشهب الإجارة على الذبح، أو السلخ برطل لحم، لأنه يجوز بيع ذلك اعتماداً على الجنس[2].

وأجاز الظاهرية ذلك مطلقاً وأنسده إلى ابن أبي ليلى، والأوزاعي والليث، وابن سيرين، وعطاء، والزهري[3]، وقال ابن العربي: (إن معمر بن الأشد أجاز الإجارة على الغنم بالثلث، والربه، وقال ابن سيرين والزهري وعطاء وقتادة، نسيج الثوب بنصيب منه، وبه قال أحمد بن حنبل)[4].

وذهب جمهور فقهاء الحنفية، والشافعية، والمالكية في قولهم الثّاني إلى عدم صحة هذه الإجازة، لوجود الغرر فيها؛ لأنه لا يعلم مقدار الخارج، ولا صفته[5].

---

(١) الذخيرة (٥/ ٣٧٦) شرح منتهى الإرادات (٢/ ٣٥٥)، وبدائع الصنائع (٤/ ١٩٢).
(٢) الذخيرة للقرافي (٥/ ٣٧٦ ـ ٣٧٧).
(٣) المحلى (٩/ ٣١).
(٤) أحكام القرآن (٣/ ١٤٧٥).
(٥) بدائع الصنائع (٤/ ١٩٢)، ومغني المحتاج (٢/ ٣٣٥)، وحاشية الدسوقي (٤/ ٦).

والراجح هو القول الأوَّل لأن الجهالة فيه يسيرة لا تؤدي إلى نزاع، وذلك لأنها تؤول إلى العلم.

الأجرة بنسبة من رأس المال:

وبناء على القول السابق فلا مانع من أن تكون الأجرة نسبة من رأس المال مثل ٢٪، وذلك بطريق أولى؛ لأنها معلومة ولا جهالة فيها.

استئجار الأجير بطعامه وكسوته:

أجز جماعة من الفقهاء منهم المالكية، وأحمد في رواية استئجار الأجير بطعامه وكسوته، وكذلك الظئر ـ المرضعة ـ وذهب أبو حنيفة وأحمد في رواية حصر ذلك في الظئر في حين ذهب الشافعية، والصاحبان، وأحمد في رواية إلى المنع مطلقاً[١].

أنواع الأجرة:

اتفق الفقهاء على أن الأجرة قد تكون نقداً، ومبلغاً من النقود من أي نقد كان، وقد تكون عيناً من الأعيان، وقد تكون منفعة من المنافع، ولكنهم اختلفوا في بعض التفاصيل التي لا يسع المجال الخوض فيها، وإنما نذكر بعض القضايا، والمصطلحات الجديدة في هذا المجال، وذلك مثل إعطاء العامل حصة من الأرباح من خلال إعطائه راتب شهر أو شهرين تحفيزاً له، ومثل المنحة التي تصرف له في مناسبات عدَّة ومثل مكافأة الانتاج تقديراً لكفاءته في أدائه العمل أو قدرته في زيادة الإنتاج، وكذلك ما يسمى بالعمولة التي تعطى للمندوبين، والممثلين التجاريين، وكذلك العلاوات، والأجر الإضافي والإكرامية، كل ذلك يعتبر من الأجرة في الفقه الإسلامي[٢].

---

(١) المصادر السابقة، والمقنع الشرح الكبير والإنصاف (١٤/ ٢٧٧).

(٢) د. شرف الشريف: المرجع السابق (ص١٧٠).

تعليق العمل أو الزمن أو الثمن على أحد الأمرين، أو النسبة:

وقد تناولت هذا في البحث السابق بتفصيل، فيُرجع إليه[1].

آراء الفقهاء في المسألة[2]:

وقد ظهر لنا من العرض السابق أن في المسألة أربعة مذاهب:

المذهب الأوَّل: العقد فاسد، **والشرط باطل.**

المذهب الثَّاني: العقد صحيح، والشرطان صحيحان.

المذهب الثَّالث: الشرط الأوَّل صحيح، والثَّاني فاسد، وله أجر مثله.

المذهب الرَّابع: مثل الرأي الثَّالث، ولكن في اليوم الثَّاني له أجر مثله لا يزداد على نصف درهم.

عدم تسمية الأجرة ثمَّ التراضي، أو عدم تحديد الخدمة:

أجاز مالك في رواية لابن يونس عنه عدم ذكر الأجرة في العقد، ثمَّ إرضاء الأجير[3]، وهذا مبني على العرف، وعلى أن الأساس هو التراضي. كما استند على قصة موسى حيث لم تحدد الخدمة حيث قال تعالى: ﴿عَلَىٰٓ أَن تَأۡجُرَنِي﴾[4]. قال ابن العربي: قال مالك: (إنه ـ أي: ذكر الخدمة ـ مطلقاً دون تحديدها جائز، وتحمل على العرف... ودليلنا أنه معلوم؛ لأنه استحقاق لمنافعه فيما يصرف فيه مثله، والعرف يشهد لذلك ويقضي به، فيحمل عليه،

---

(١) يُنظر البحث السابق من الكتاب، ص٦٠٩ فما بعدها.

(٢) يُنظر في تفاصيلها وأدلة كل فريق فيها: البحث السابق من الكتاب، ص٦١٠ فما بعدها.

(٣) الذخيرة (٥/ ٣٨٧)، ومواهب الجليل (٧/ ٤٩٤)، وأحكام القرآن لابن العربي (٣/ ١٤٧٢).

(٤) سورة القصص: الآية ٢٧.

ويعضد هذا بظاهر قصة موسى، فإنه ذكر إجارة مطلقة، على أن أهل التفسير ذكروا أنه عيّن له رعية الغنم، ولم يرووا ذلك من طريق صحيحة، ولكن قالوا: إن صالح مدين لم يكن له عمل إلّا رعية الغنم، فكان ما علم من حاله قائماً مقام تعيين الخدمة فيه، وعلى كلا الوجهين فإن المسالة لنا، فإن المخالف يرى أن ما علم من الحال لا يكفي في حصة الإجارة حتى يسمى... وعندنا أنه يكفي ما علم من الحال، وما قام من دليل العرف، فلا يحتاج إلى التسمية في الخدمة، والعرف عندنا أصل من أصول الملة، ودليل من جملة الأدلة، وقد مهدناه قبل، وفي موضعه من الأصول... وقال: قال علماؤنا: إن كان أجره على رعاية الغنم فالإجارة على رعاية الغنم على ثلاثة أقسام: إما أن تكون مطلقة أو مسماة بعدة، أو معينة، فإن كانت مطلقة جازت عند علماؤنا، وقال أبو حنيفة والشافعي: إنها لا تجوز لجهالتها، وعوّل علماؤنا على العرف، وأنه يعطى على قدر ما تحتمل قوته)[1].

المرونة في تحديد الأجرة[2]:

وقد رأينا من خلال ما سبق أن هناك مرونة كبيرة في تحديد الأجرة أكثر من الثمن في البيع، حيث رأينا جواز تعليق الأجرة وترديدها بين أمرين، ورأينا في مذهب مالك عدم تسمية الأجرة في العقد ليكون دفعها خاضعاً للعرف وأجرة المثل، وإرضاء الأجير، كما أن الأجرة تؤول إلى أجرةالمثل عند فساد العقد[3].

---

(١) أحكام القرآن (٣/ ١٤٧٢).

(٢) د. عبد الستار أبو غدة: الإجارة، إصدار دلة البركة (ص٣٤).

(٣) يراجع لمزيد من التفصيل في أجرة المثل: نظرية عوض المثل وأثرها على الحقوق: د. علي القره داغي، بحث منشور في حولية كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة قطر، العد السَّادس ١٤٠٨هـ (ص٤٢٨ ـ ٤٣٩).

والخلاصة:

أن الشرط الأساسي في الأجرة هو أن تكون معلومة علماً يدرأ جهالة مؤدية إلى النزاع من خلال التعيين، أو الوصف ببيان الجنس، والنوع والقدر، وذلك للأحاديث الواردة في نفي الغرر والجهالة[1]. ولكن باب الإجارة في هذا المجال أوسع بكثير من باب البيع، ففي قصة موسى عليه السَّلام كانت الأجرة التزويج، ونحوه، وهي غير محددة، كما أنها لم يفصح عنها.

الاعتماد على مؤشر معين في تحديد الأجرة:

تعتمد المؤسسات المالية اليوم على عقود الإجارة في كثير من أنشطتها التجارية والتمويلية، وقد تعترض طريقها مشكلة إبقاء الأجرة على حالتها إذا كانت الإجارة طويلة الأمد، حيث تتغير الإجارات خلال فترة الإجارة، ولذلك يثور هذا التساؤل حول مدى جواز الاتفاق بين المؤجر والمستأجر على تحديد مبلغ الأجرة بمؤشر معين مثل (لايبور LIBOR)[2] علماً بأن هذا المؤشر ليس ثابتاً، وإنما هو متغير وبالتالي مجهول؟

للجواب عن ذلك أنه يمكن حل ذلك من خلال الحلول الآتية:

أوَّلاً: الاتفاق على المدة المطلوبة (فلنفترض عشر سنوات) دون ذكر الأجرة في بداية العقد، وتكون الأجرة حسبما يتفق عليه الطَّرفان، بحيث تحدد عند بداية كل فترة، وهذا يدخل فيما ذكرناه في مذهب مالك في رواية

---

(١) يراجع السنن الكبرى للبيهقي (٦/ ١٢٠ ـ ١٢١).

(٢) لايبور: مؤشر يعتد على سعر الإقراض بين البنوك في لندن (The London Inter Bank Offen Rate) الذي يلخص بـ (Libor).

وهناك مؤشر سايبور أي سعر الإقراض بين السعودية، وكايبور وهو سعر الإقراض بين البنوك في القاهرة، يراجع: د. حسين شحاتة: نحو مؤشر إسلامي للمعاملات المالية الآجلة، بحث منشور في حولية البركة، العدد الرَّابع عام ١٤٢٣هـ (ص٢١١).

لابن يونس عنه حيث أجاز عدم ذكر الأجرة في العقد، ثمَّ إرضاء الأجير ـ كما سبق ـ.

ثانياً: الاعتماد على أجرة المثل، واعتماد ذلك المؤشر بمثابة أجر المثل، وهذا لا أرى فيه مانعاً شرعيًّا لما يأتي:

١ ـ أن بعض الفقهاء منهم ابن تيمية أجازوا البيع والتأجير بسعر ما يبيعه الناس، أو حسب سعر السوق، بأن يتفق الطَّرفان على التأجير لمدة محددة، ويجعلان الأجر حسب أجر المثل الذي يحدد فيما بعد، وعلى ضوء ذلك يمكن اعتبار ذلك المؤشر أو نحوه بمثابة أجر المثل.

يقول شيخ الإسلام ابن تيمية: (وقد تنازع الناس في جواز البيع بالسعر) ثمَّ ذكر الإجارة بأجرة المثل، ثمَّ قال: (وفيه قولان في مذهب أحمد، والأظهر في الدليل أن هذا جائز، وأنه ليس فيه حظر، ولا غدر؛ لأنه لو أبطل مثل هذا العقد لرددناهم إلى قيمة المثل فقيمة المثل التي تراضوا بها أولى من قيمة مثل لم يتراضيا بها، والصواب في مثل هذا العقد أنه صحيح لازم. . . ، ومنهم من قال: إن ذلك (أي: البيع بالسعر، والإجارة بأجرة المثل) لا يلزم، فإذا تراضيا به جاز، والله أعلم)[١].

ومن جانب آخر أن الاعتبار بالمؤشر وإن كانت فيه جهالة في البداية، ولكن هذه الجهالة مما تنتهي بالعلم عند الحاجة، وبالتالي فلا تؤدي إلى النزاع الذي يجعل العقد فاسداً، فالمؤشر يعلن عنه في كل يوم، وهو معلوم في يومه لا يحيطه لبس ولا غموض، ولا يشوبه غرر ولا جهالة عندما يعلن عنه، لذلك فالاعتماد على لايبور أو نحوه كمؤشر فقط ولاحتساب الأجر جائز من حيث المبدأ، وإنما الإشكال في المعيار نفسه، حيث يتمنى المسلم أن يكون للعقود الإسلامية، أو البنوك والمؤسسات المالية الإسلامية مؤشر إسلامي معتمد عليه على الأقل في العالم الإسلامي.

---

(١) جامع المسائل لابن تيمية، المجموعة الرَّابعة، تحقيق محمد عزيز شمس ط دار عالم الفوائد بمكة المكرمة (ص٣٣٦ ـ ٣٣٧).

وهذا ما نتمناه، بل بدأت الخطوات التنظيرية حتى العملية تخطو نحو تحقيق ذلك بإذن الله تعالى.

فتوى جماعية حول الاعتماد على المؤشر:

وقد عرض الموضوع السابق على ندوة البركة الحادية عشرة للاقتصاد الإسلامي فأصدرت الفتوى الآتية: (يتحقق العلم بالأجرة في عقد الإجارة الواردة على الأشياء إذا تم الاتفاق على مدة معلومة موزعة على فترات، مع تحديد مقدار الأجرة عن الفترة الأولى واعتماداً أجرة المثل عن بقية الفترات بشرط أن تكون أجرة المثل منضبطة أو مرتبطة بمعيار معلوم بحيث لا مجال فيه للنزاع، وذلك بقصد استفادة المتعاقدين من تغير مستوى الأجرة مع استبقاء صفة اللزوم لكامل مدة العقد).

تسعير الأجرة:

يخضع تسعير أجرة العمل للاختلاف الكبير بين الفقهاء في أصل التسعير[1]، والذي نرى رجحانه أنه يجوز أن تتدخل الدولة في تسعير الأجور بما يحقق مصالح المجتمع دون أن يترتب عليه ظلم لأحد، فقد ذكر ابن القيم أن الدولة يحق لها إجبار الناس على الفلاحة، والنساجة، وسائر الصناعات المطلوبة للمجتمع... بأجر المثل[2]، ولكن على الدولة أن تعتمد في تحديد الأجور وتسعيرها على أهل الخبرة والأمانة، يقول ابن عابدين: (إن طريق علم القاضي بالزيادة: أن يجتمع رجلان من أهل البصر والأمانة فيؤخذ بقولهما عند محمد، وعندهما قول الواحد

---

(١) يراجع للتسعير: الأحكام السلطانية لأبي يعلى (ص٣٠٣)، والمنتقى شرح الموطأ (٥/ ١٨)، والشرح الكبير مع المغني (٦/ ٤٤)، وكشاف القناع (٣/ ١٨٧)، والمهذب (١/ ٢٩٩).

(٢) الطرق الحكمية للسياسة الشرعية (ص٢٢٨).

يكفي)[1]، ولا مانع في عصرنا أن تشكل لجنة لتحديد الأجور وتسعيرها من أهل الخبرة، ومن يمثل العمال، وأرباب العمل، وأن يلاحظ في تحديد العمل ـ كما يقول شيخنا أبو زهرة ـ قيمة العمل، وكفاية العامل وأهله بالمعروف[2].

* * *

المبحث الثَّاني: المنفعة (العمل)

ويُشترط في المنفعة (العمل) التي تكون محلاًّ للإجارة الشروط التالية:

*** ١ ـ أن تكون معلومة علماً ينفي الجهالة المفضية إلى النزاع.**

وتتحقق هذه المعلومية إما برؤية محل العقد أو تعيينه أو الإشارة إليه، أو نحو ذلك مما يعد في العرف تعييناً أو بياناً لكيفية الاستعمال، وكذلك لا بد من بيان المدة إذا كانت الإجارة غير مرتبطة بإنهاء العمل، وبيان العمل في استئجار الصناع والعمال[3].

ففي نطاق إجارة الأشخاص يتحقق العلم بإحدى الطريقتين الآتيتين:

*** الأولى: بيان العمل ونوعه، وكيفيته:**

وذلك في الإجارة المشتركة.

*** الثَّانية: بيان مدة الإجارة:**

كما في الإجارة الخاصة (الأجير الخاص) كاستئجار شخص لخدمته، أو لوظيفة لمدة سنة، وحينئذٍ يخضع لتنفيذ العمل للاتفاق، وإلَّا فللعرف، حيث إن له سلطاناً كبيراً في هذا المجال.

---

(١) حاشية ابن عابدين (٤/ ٤٠٤).

(٢) كتاب التكافل (ص٥٦).

(٣) يراجع: بدائع الصنايع (٥/ ٢٥٩٦)، والذخيرة (٥/ ٤١٥)، والروضة (٥/ ١٨٨)، والمغني (٥/ ٤٦٢).

* **الجمع بين الطريقتين:**

إذا كان العلم في الإجارة يتحقق بإحدى الطريقتين السابقتين، فهل يجوز الجمع بينهما في عقد واحد؟

ذهب جمهور الفقهاء (أبو حنيفة والمالكية في قول، والشافعية والحنابلة)[١] إلى عدم جواز الجميع بين الزمن، والعمل، وفساد العقد به، وذلك لأن العقد على المدة مع وجود العمل يزيده جهالة وغرراً، يقول الكاساني في توجيه هذا الرأي: (إن المعقود عليه مجهول؛ لأنه ذكر أمرين، كل واحد منهما يجوز أن يكون معقوداً عليه (أعني العمل والمدة)، ولا يمكن الجمع بينهما في كون كل واحد منهما معقوداً عليه؛ لأن حكمهما مختلف، لأن العقد على المدة يقتضي وجوب الأجر من غير عمل؛ لأنه يكون أجيراً خالصاً والعقد على العمل يقتضي وجوب الأجر بالعمل لأنه يصير أجيراً مشتركاً فكان المعقود عليه أحدهما وليس أحدهما بأولى من الآخر فكان مجهولاً، وجهالة المعقود عليه توجب فساد العقد بخلاف تلك المسألة؛ لأن قوله على أن يفرغ منه في يومي هذا ليس جعل الوقت معقوداً عليه بل هو بيان صفة العمل بدليل أنه لو لم يعمل في اليوم وعمل في الغد يستحق أجر المثل)[٢].

وذهب إلى جوازه وصحته أبو يوسف، ومحمد صاحبا أبي حنيفة، والمالكية في قول، والشافعية في وجه، وأحمد في رواية، واستدلوا بأن: (المعقود عليه هو العمل؛ لأنه هو المقصود، والعمل معلوم، فأما ذكر المدة فهو للتعجيل فلم تكن المدة معقوداً عليها فذكرها لا يمنع جواز العقد وإذا وقعت الإجارة على العمل فإن فرغ منه قبل تمام المدة أي: اليوم فله كمال الأجر، وإن لم يفرغ منه في اليوم فعليه أن يعمله في الغد كما إذا دفع إلى

---

(١) المبسوط (١٦/ ٤٤)، وحاشية الدسوقي (٤/ ١١)، وحاشية الشرواني على تحفة المحتاج (٥/ ٣٠١)، والمغني مع الشرح الكبير (٦/ ٨، ٩).
(٢) بدائع الصنائع (٤/ ٣٣).

خياط ثوباً ليقطعه ويخيطه قميصاً على أن يفرغ منه في يومه هذا أو اكترى من رجل إبلاً إلى مكة على أن يدخله إلى عشرين ليلة كل ليلة بعير بعشرة دنانير مثلاً ولم يزد على هذا أن الإجارة جائزة ثمَّ إن وفى بالشرط أخذ المسمى، وإن لم يف به فله أجر مثله لا يزاد على ما شرطه)[1].

والذي نرى رجحانه هو القول الثَّاني، وذلك لأن الجمع بين الجوازين، لا ينبغي أن يترتب عليه عدم الجواز، أو الفساد، بل ليس بينهما تعارض؛ لأن المقصود بتحديد العمل هو تحقيق الصفات المطلوبة التي يريدها المستأجر، وبتحديد المدة الفراغ منه في الوقت المحدد، وكلاهما من الأغراض المقصودة المحققة لمصالح الطَّرفين.

*** ما يتعلَّق بالمدَّة:**

إذا وجدت المدة في العقد فلا بد أن تكون معلومة محددة، وذلك لأن المدة هي المعيار الأساس لعقد الإجارة لذلك تحدث الفقهاء عن أربعة أمور:

الأمر الأوَّل: كيفية تحديد المدة، حيث قالوا: يمكن تحديدها بالساعة، أو اليوم، أو الأسبوع، أو الشهر، أو السنة، أو نحوها واختلفوا في تحديدها بزمن الحصاد أو نحو ذلك مما يمكن الاختلاف عليه؟[2].

والذي يظهر لنا رجحانه هو عدم الجواز في كل ما يؤدي إلى النزاع، وأن المعتمد في التفسير والبيان هو العرف السائد فيما لو ربط بمثل هذه الأمور.

الأمر الثَّاني: طول المدة، حيث ذهب جمهور الفقهاء (الحنفية والمالكية، والشافعية على الأصح، والحنابلة)[3] إلى جواز أن تكون المدة

---

(١) المرجع السابق نفسه.

(٢) المصادر السابقة، ومواهب الجليل (٥/ ٤٤٠).

(٣) المصادر السابقة، وتبين الحقائق (٥/١٠٦).

قصيرة أو طويلة ما دامت محددة استدلالاً بقصة موسى عليه السَّلام، ولأن المدة الطويلة إذا كانت محددة لا تورث نزاعاً، وهذا هو الراجح.

وذهب الشافعية على الصحيح إلى أن المدة لا بدّ أن لا تزيد عن ثلاثين سنة، وهذا مجرد اجتهاد، وقدرها بعضهم بسنة، وهذا مخالف لقصة موسى عليه السَّلام[1].

الأمر الثَّالث: الإجارة التي لم يحدد لها نهاية، وذلك بأن يقول: أجرتك لخدمتي، أو للعمل الفلاني، كل شهر بألف ريال مثلاً.

وهذا النوع من العقد فيه خلاف بين الفقهاء على عدَّة آراء:

الرأي الأوَّل: ذهب المالكية، وأحمد في رواية ابن منصور اختارها الخرقي[2] إلى صحة هذا العقد، ثمَّ قال المالكية بأن العقد لا يلزم إلَّا إذا نقد المستأجر؛ أي: دفع الأجرة نقداً، وحينئذ يكون العقد لازماً بقدرها، فلو أجر نفسه على أن يكون له في كل شهر ألف ريال، ولم يحدد الزمن، ودفع المستأجر عشرة آلاف ريال، فهذا يعني أن العقد لازم لمدة عشرة أشهر.

وأما عند الحنابلة في رواية ابن منصور فيكون العقد لازماً لليوم الأوَّل، أو الشهر الأوَّل، وفيما عداه يكون العقد صحيحاً، ولكنه يجوز لكل واحد منهما حق الفسخ، جاء في المقنع: (وان أكراه كل شهر بدرهم، أو كل دلو بتمرة، فالمنصوص أنه يصح، وكلما دخل الشهر لزمهما حكم الإجارة، ولكل واحد منهما حق الفسخ عند تقضي كل شهر)، وعلق عليه صاحب الإنصاف: (وهو المذهب، قال المصنف، والشارح، والناظم، فصاحب الفائق وغيرهم: يلزم الأوَّل بالعقد، وسائره بالتلبس به. . . والصحيح من

---

(١) نهاية المحتاج (٥/ ٣٠٢).

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/ ٤٠ ـ ٤١)، والمقنع، والشرح الكبير مع الإنصاف (١٤/ ٣٠٤ ـ ٣٠٥).

المذهب أن الفسخ لا يكون إلَّا بعد فراغ الشهر. . . وإن ترك التلبس به فسخ. . .)[1].

الرأي الثَّاني: ذهب جمهور الشافعية، وبعض الحنابلة إلى بطلان هذا العقد للجهالة[2].

الرأي الثَّالث: ذهب جمهور الحنفية إلى صحة العقد في الشهر الأوَّل وفساده فيما عداه[3].

الرأي الرَّابع: ذهب بعض مشايخ الحنفية إلى أن العقد صحيح في الشهر الأوَّل والثَّاني والثَّالث، لجريان العرف بذلك، وفساده فيما عداها[4].

والذي يظهر لنا رجحانه هو القول الأوَّل[5]، وداخل القول الأوَّل فالمختار عندي هو مذهب المالكية وهو لزوم العقد بقدر ما دفعه، لأن دفع المستأجر المبلغ، وقبوله من قبل الأجير دليل على رضاهما بالصفقة ولزومها بقدر هذا الدفع، ولأن الأصل في عقد الإجارة اللزوم، فلا يعدل عنه إلَّا بسبب قوي، ويبقى الاختيار بعد ذلك بسبب عدم تحديد المدة.

ويدل على صحة هذا العقد ما ورد عن سيدنا علي رضي الله عنه من أنه أجر نفسه ليهوديّ، (كل دلو بتمرة، فعدّ ستة عشر دلواً أو سبعة عشر دلواً، وأخذ الأجرة كاملة، وتكرر مثل ذلك من أنصاريّ، فعلم بهما النبي ﷺ

---

(١) المقنع، والشرح الكبير، والإنصاف (١٤/ ٣٠٤ ـ ٣٠٧).
(٢) نهاية المحتاج (٥/ ٢٧٨)، وحاشية القليوبي وعميرة على المحلى (٣/ ٧٢)، والمقنع مع الشرح الكبير والإنصاف (١٤/ ٣٠٥).
(٣) بدائع النصائع (٥/ ٢٥٧٤).
(٤) تبيين الحقائق (٥/ ١٢٢ ـ ١٢٣).
(٥) د. شرف بن علي الشريف: المرجع السابق (ص١١٦ ـ ١١٧).

وأقرهما على ذلك[1].

*** وقت فسخ هذا العقد الذي لم تحدد له نهاية:**

عند من قالوا بصحة هذا العقد فإنهم مختلفون في انتهاء هذا العقد فعلى ضوء الرأي الرَّابع ينتهي بعد الأشهر الثلاثة، والرأي الثَّالث بعد الشهر الأوَّل، وعلى ضوء رأي المالكية يكون للعاقدين حق الفسخ بعد انتهاء المدة التي دفع فيها الأجرة نقداً، وعلى ضوء المنصوص عن أحمد هو ما ذكرناه في الرأي الأوَّل.

ولكن جمهور الفقهاء متفقون على أن الأجير إذا استمر في عمله، والمستأجر استمر أيضاً في دفع أجرته بعد انتهاء الفترة الزمنية المحددة فإن العقد يستمر استصحاباً، أو استحساناً وإنما الخلاف في زمن الخيار عند بدء المدة الجديدة كالشهر، أو السنة مثلاً، فذهب الحنابلة إلى أن لهما حق الفسخ في أول كل شهر في الحال، بحيث إذا دخل الشهر الثَّاني ولم يفسخ العقد لزمهما حكم الإجارة، قال المرداوي: (وكلما دخل شهر لزمهما حكم الإجارة، وهو المذهب، واختار أبو الخطاب والمصنف، والشارح، والفتح تقي الدين: أن الفسخ يكون قبل دخول الشهر الثَّاني، وصرح به ابن الزاغوني، فقال: يلزم بقية الشهور إذا شرع في أول الجزء من ذلك الشهر، فعلى هذا لو أراد الفسخ يقول: فسخت الإجارة في الشهر المستقبل أو نحو ذلك، والصحيح من المذهب: أن الفسخ لا يكون إلَّا بعد فراغ الشهر. . . وقال المصنف: له الفسخ بعد دخول الشهر الثَّاني، وقبله أيضاً،

---

(١) حديث علي رضي الله عنه رواه ابن ماجه في سننه، كتاب الرهون (٢/ ٨١٨)، وفي الزوائد: في إسناده حنش، واسمه حسين بن قيس، ضعفه أحمد وغيره، ورواه ابن ماجه بسند آخر موقوف (٢/ ٨١٨)، وروى الحديث الأوَّل أحمد في مسنده (١/ ٩٠)، ويراجع إرواء الغليل (٥/ ٣١٣).

وحديث الأنصاري رواه ابن ماجه (٢/ ٨١٨)، وفي الزوائد: في إسناده عبد الله بن سعيد بن كيسان، ضعفه أحمد وابن معين وغيرهما.

وقال أيضاً: ترك التلبس به فسخ. . . فعلى المذهب يكون الفسخ في أول كل شهر في الحال على الصحيح. . .)[1].

وللحنفية في هذه المسألة ثلاثة أقوال:

القول الأوَّل: يلزم العقد بالاستمرار في الشهر الثَّاني ولو ساعة من الزمن، وهكذا في الشهر الثَّاني، والثَّالث، وهذا رأي بعض مشايخهم بناءً على القياس.

القول الثَّاني: هو أن وقت الفسخ هو الأيام الثلاثة الأُول من كل شهر، قال صاحب البزازية: وعليه الفتوى[2].

القول الثَّالث: هو أن وقت الفسخ هو اليوم الأول مع ليلته، كل شهر لجريان العرف والعادة، وهذا ما اختاره ابن عابدين واعتبره من ظاهر الرواية وأضاف ابن عابدين إلى ذلك مسألة مهمة وهي أن المستأجر إذا سلّم إلى الأجير مبلغاً من المال واستلمه الأجير فليس لأحدهما حق الفسخ حتى ينتهي المبلغ[3]، وهذا هو رأي المالكية ـ كما سبق ـ وهو الرأي الذي رجحناه.

الأمر الرَّابع: ابتداء المدة وانتهاؤها: إذا اتفق الطَّرفان على بداية العقد ونهايته فيجب عليهما الالتزام بهاتين المدتين، وأما إذا لم تذكر نهاية المدة، فقد ذكرنا آراء الفقهاء آنفاً.

أما إذا لم تذكر بداية العقد فقد اختلف الفقهاء على عدَّة آراء:

الرأي الأوَّل: **بطلان العقد**، وهذا هو رأي بعض الشافعية وأحمد في رواية لوجود الجهالة المفضية في النزاع[4].

---

(١) المقنع، والشرح الكبير، والإنصاف (١٤/ ٣٠٤ ـ ٣٠٩) باختصار، ويراجع د. شرف الشريف: المرجع السابق (ص١١٨).

(٢) حاشية ابن عابدين، ط مصطفى الحلبي (٦/ ٥١).

(٣) المصدر السابق نفسه.

(٤) بدائع الصنائع (٥/ ٥٧٢)، وبداية المجتهد (٢/ ٢٥٦)، ومغني المحتاج (٢/ ٣٤٠)، والمقنع والشرح الكبير والإنصاف (١٤/ ٣٠٨).

الرأي الثَّاني: صحة العقد، ويكون ابتداؤه من حين العقد وهذا رأي جمهور الفقهاء الحنفية والمالكية، والراجح عند الشافعية، وجمهور الحنابلة)[1]، وهذا هو الراجح لقصة موسى عليه السَّلام حيث لم يحدد بداية المدة.

*** وجود مدتين في الإجارة:**

تضمنت قصة موسى عليه السَّلام وجود مدتين إحداهما التزام، والآخر تطوع، وهذا دليل على جواز الجمع بينهما ما دام الزمن الآخر ليس إلزاميًّا[2].

*** دور العرف في كثير من مسائل الإجارة:**

إذا كان للعرف دور كبير في كل العقود المالية فإن دوره أكبر في باب الإجارة، ولا سيما في نطاق العمل والنقد الذي ذكر في العقد، فقد ترجم البخاري: باب إذا استأجر أجيراً فبيّن له الأجل، ولم يبين العمل[3]، حيث استدل بقصة موسى عليه السَّلام في قوله تعالى: ﴿إِنِّيٓ أُرِيدُ أَنۡ أُنكِحَكَ إِحۡدَى ٱبۡنَتَيَّ هَٰتَيۡنِ عَلَىٰٓ أَن تَأۡجُرَنِي ثَمَٰنِيَ حِجَجٖۖ فَإِنۡ أَتۡمَمۡتَ عَشۡرٗا فَمِنۡ عِندِكَۖ وَمَآ أُرِيدُ أَنۡ أَشُقَّ عَلَيۡكَۚ سَتَجِدُنِيٓ إِن شَآءَ ٱللَّهُ مِنَ ٱلصَّٰلِحِينَ ۝٢٧ قَالَ ذَٰلِكَ بَيۡنِي وَبَيۡنَكَۖ أَيَّمَا ٱلۡأَجَلَيۡنِ قَضَيۡتُ فَلَا عُدۡوَٰنَ عَلَيَّۖ وَٱللَّهُ عَلَىٰ مَا نَقُولُ وَكِيلٞ﴾[4]، قال الحافظ ابن حجر: (وقد مال البخاري إلى الجواز؛ لأنه احتج لذلك... ووجه الدلالة منه ـ أي: من قوله تعالى السابق ـ أنه لم يقع في سياق القصة المذكورة بيان العمل، وإنما فيه أن موسى عليه السَّلام أجر نفسه من والد المرأتين)[5].

---

(١) المصادر السابقة نفسها.

(٢) أحكام القرآن لابن العربي (٣/ ١٤٧٩).

(٣) صحيح البخاري مع فتح الباري (٤/ ٤٤٤).

(٤) سورة القصص: الآيات ٢٦ ـ ٢٨.

(٥) صحيح البخاري مع فتح الباري (٤/ ٤٤٤).

فالعرف السائد في البلد سواء كان خاصاً أم عاماً وله اعتبار كبير في تحديد المراد والمطلوب.

*** إجارة المجهول للحاجة (أو الإجارة بالنسبة المئوية):**

ذكر ابن رشد أن طائفة من السلف، وأهل الظاهر ذهبوا إلى جواز إجارة المجهولات مثل أن يعطي دابته لمن يسقي عليها بنصف ما يعود عليه قياساً على المضاربة[١]، وهذا مذهب أحمد وابن سيرين، وإليه مال البخاري[٢]. ويقاس على ذلك تأجير الشخص بطعامه، وملبسه، بل قال به جماعة من الفقهاء[٣].

*** ٢ ـ الشرط الثاني: أن تكون المنفعة متقومة:**

أي: أن تكون لها قيمة مقصودة حسب العرف، فلا تصح إجارة التافه الحقير الذي لا يقابل بالمال، وذكر بعض الفقهاء من أمثلتها استئجار تفاحة للشم[٤].

وفي باب إجارة الأشخاص لا بدّ أن تكون للعمل الذي يقدمه الأجير قيمة، لذلك لا يجوز استئجار البياع للتلفظ بكلمة واحدة مثلاً إلّا إذا ذكرها أكثر من مرة[٥].

---

(١) بداية المجتهد (٢/ ٣٧١).
(٢) المغني لابن قدامة (٥/ ٤٤٦)، وصحيح البخاري مع الفتح (٤/ ٤٥١).
(٣) المقنع مع الشرح الكبير مع الإنصاف، تحقيق د. عبد الله التركي ط الهجر (١٤/ ٢٧٧).
(٤) يراجع: الفتاوى العندية (٤/ ٤١١)، والذخيرة (٥/ ٤٠٠)، والروضة (٥/ ١٧٧)، والمغني لابن قدامة (٥/ ٤٣٣).
(٥) الروضة (٥/ ١٧٨).

*** ٣ ـ الشرط الثالث: أن تكون مباحة الاستيفاء:**

فلا تكون معصية ممنوعة مثل الاستئجار على رقص المرأة أمام الرجال، أو للبغاء، أو لسقي الخمر، ونحوها من المحرمات، وكذلك يجب أن لا تكون طاعة واجبة وجوباً عينيًّا، وهذا الشرط فيه تفصيل وخلاف[١].

ونحن هنا نذكر أهمّ هذه المسائل بشيء من الايجاز:

(أ) **الاستئجار على أداء الشعائر والعبادات** (القربات يقصد بها العبادات ـ بمعناها الخاص المشهور ـ)[٢]:

هي أداء الشعائر التعبدية من النطق بالشهادتين، والصَّلاة والزكاة والحج، والعمرة، والأذان والاقامة، والامامة، وتعليم القرآن، والعلوم الشرعية، ونحوها.

والسؤال الوارد هنا: هل يجوز التأجير عليها؟

للجواب عن ذلك نقول: إن العبادات نوعان: فروض عين، وفروض كفاية.

ففرض العين لا يجوز الاستئجار عليه بالإجماع ما دام المفروض عليه قادراً، أما إذا لم يكن قادراً أو مات وعليه هذا الواجب العيني فهل يجوز أداؤه من شخص آخر، وبالتالي التأجير عليه؟ فهذا محل خلاف، والراجح جواز الاستئجار في كل ما يجوز فيه أداؤه من الغير، مثل الحج والعمرة في حالتي المرض، والموت.

وأما فروض الكفاية أو سننها فمحل خلاف بين الفقهاء، ونحن هنا نذكر هذه المسائل الخلافية بإيجاز:

---

(١) يراجع: بدئاع الصنائع (٥/ ٢٥٦١)، ومواهب الجليل (٧/ ٥٤٨)، والذخيرة (٥/ ٣٩٦)، وروضة الطالبين (٥/ ١٨٤)، والمغني (٥/ ٥٤٩).

(٢) العبادات بمعناها العام يقصد بها كل عمل صالح من تعمير الدنيا والآخرة يراد به وجه الله تعالى.

التأجير على فروض الكفاية وسننها: كالجهاد، والإمامة والأذان وتعليم القرآن وقراءته، ونحوها حيث ثار الخلاف في هذه المسائل على رأيين:

الرأي الأوَّل: المنع، حيث ذهب أبو حنيفة ومحمد، وأحمد إلى عدم جواز التأجير عليها، وهذا مروي عن عطاء، والضحاك بن قيس وقد استدلوا بعدة أحاديث، منها:

* حديث عثمان بن أبي العاص قال: إن آخر ما عهد إلى النبي ﷺ أن اتخذ مؤذناً لا يأخذ على أذانه أجراً[1] لكن هذا الحديث لا يدل على منع الأجر؛ لأن الفعل لا دليل فيه على المنع.

* حديث عبادة بن الصامت قال: (علّمت ناساً من أهل الصفة القرآن والكتابة، فأهدى إليّ رجل منهم قوساً، قال: قلت: قوس، وليست بمال، أتقلدها في سبيل الله، فذكرت ذلك لنبي ﷺ فقال: «**إن سَرّكَ أن يقلدك الله قوساً من نار فاقبلها**»[2]، ولكن هذا الحديث مَنْسوخ، أو ضعيف لا ينهض حجة[3].

---

(١) رواه الترمذي في سننه بتحقيق الشيخ أحمد محمد شاكر ط مصطفى الحلبي (١/ ٤٣١٠) قال الترمذي: حسن صحيح، وصححه الحاكم في المستدرك (١/ ١٩٩)، وكذلك صححه أحمد شاكر، ورواه ابن ماجه في سننه الحديث ٧١٤، وأبو داود الحديث ٥٣١، والنسائي (١/ ١٠٩)، والبيهقي (١/ ٤٢٩)، وأحمد (٤/ ٢١، ٢١٧)، وقال الألباني في الإرواء (٥/ ٢١٦): صحيح.

(٢) رواه أبو داود ـ مع العون ـ (٣/ ٢٧٦)، وابن ماجه (٢/ ٧٢٩)، والبيهقي (٦/ ١٢٥)، وقد اختلف في الحديث كما سيأتي.

(٣) ذكر البيهقي (٦/ ١٢٥) أن هذا الحديث لا يعرف إلّا من طريق الأسود بن ثعلبة عن عبادة، وهو مجهول، وإضافة إلى ذلك فإنه يخالف الحديث الصحيح الذي رواه البخاري عن ابن عباس. وقال السيوطي: الأولى أنْ يُدَّعى أن الحديث منسوخ بحديث الرقية. . .، وحديث: «إن أحق ما أخذتم عليه أجراً كتاب الله تعالى». وقد روي حديث آخر عن أبي بن كعب بنفس المعنى الذي روي عن عبادة، رواه ابن ماجه الحديث ٢١٥٨، والبيهقي (٦/ ١٢٥، ١٢٦)، ولكن سنده ضعيف أيضاً ومضطرب كما قال البوصيري (٢/ ١٣٤).

* حديث عبد الرحمٰن بن شبل الأنصاري قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «**اقروا القرآن، ولا تغلوا فيه، ولا تجفوا عنه، ولا تأكلوا به، ولا تستكثروا به**»[1].

واستدلوا بأن هذه الأفعال قربات يختص بها المسلم، ويتقرب بها إلى الله فلا يجوز الاستئجار عليها.

الرأي الثَّاني: الجواز، وهذا رأي مالك، والشافعي، وأحمد في رواية، وبه قال أبو قلابة، وأبو ثور، وابن المنذر[2]، وهذا رأي متأخري الحنفية حيث خالفوا المتقدمين منهم، فأجازوا الإجارة على تعليم القرآن، وعلى إقامة الشعائر كالإمامة، والأذان استحساناً للحاجة[3]، وقال الصاوي: (أما الإجارة على أصل القراءة فجائز)[4].

وكذلك أجازوا للمفتي أخذ الأجر إن لم يكن له رزق، وقالوا: تجوز الإجارة على المندوبات وفروض الكفايات[5].

وقد استدل هؤلاء على جواز الاستئجار لهذه القربات وصحته بأحاديث صحيحه منها:

حديث: «إن أحق ما أخذتم عليه أجراً كتاب الله» حديث صحيح رواه البخاري كما سبق كما أنه صريح في الدلالة على الجواز، وقد رأينا

---

(١) رواه أحمد (٣/ ٣٥٧)، وأبو يعلى، والطبراني في المعجم الكبير والبيهقي (٦/ ١٢٥ ـ ١٢٦)، وقال الهيثمي: رجال أحمد ثقات، وقال ابن حجر في الفتح: سنده قوي، يراجع: فيض القدير (٢/ ٦٤) ط مصطفى محمد.

(٢) الشرح الصغير (٤/ ٣٤)، ونهاية المحتاج (٥/ ٢٨٩)، والمغني لابن قدامة مع الشرح الكبير (٦/ ١٣٤ ـ ١٣٨)، والموسوعة الفقهية الكويتية (١/ ٢٩١).

(٣) حاشية ابن عابدين (٥/ ٣٤، ٣٥).

(٤) حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٤/ ٣٤).

(٥) المصادر السابقة.

الأحاديث التي استدل بها المانعون لا يمكنها معارضة هذا الحديث الصحيح الصريح، ولذلك فالراجح هو الرأي الثاني.

(ب) الإجارة على المعاصي:

اتفق الفقهاء على حرمة الإجارة على المنافع المحرمة كالزني، والنّوح، وإن العقد عليها باطل لا يستحق به أجرة، واختلفوا في بعض التفاصيل، مثل استئجار كاتب ليكتب له غناءً محرماً، أو نوحاً حيث ذهب الجمهور إلى حرمته وبطلانه، وذهب أبو حنيفة إلى صحته، وروى عن أحمد أنه قال: فيمن حمل خنزيراً أو خمراً لنصراني: اني أكره أكل كرائه، ولكن يقضي للحمال بالكراء، ولكن المذهب على خلاف هذه الرواية[1].

وقد استدلَّ الجمهور على حرمة الاستئجار على المحرمات أياً كان، بالكتاب، والسنة، والمعقول:

أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ ۖ وَلَا تَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْإِثْمِ وَٱلْعُدْوَٰنِ ۚ وَٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ ۖ إِنَّ ٱللَّهَ شَدِيدُ ٱلْعِقَابِ﴾[2]، وجه الاستدلال به هو أن الله تعالى نهي عن أي تعاون على الإثم والعدوان، وأنه مما لا شك فيه أن الاستئجار على المحرمات حملاً أو نحوه تعاون لتحقيق هذا المحرم، والإثم، ومن المعلوم في أصول الفقه أن النهي يقتضي الحرمة، والفساد على تفصيل فيه[3].

وأما السُّنَّة فمنها أن الرسول ﷺ لعن حامل الخمر، والمحمول عليه، في عدَّة روايات منها قوله ﷺ: «**لعن الله الخمر، شاربها، وساقيها، ومبتاعها، وبائعها، وعاصرها، ومعتصرها، وحاملها، والمحمولة عليه**»[4].

---

(١) يراجع: بدائع الصنائع (٤/ ١٨٤، ١٩١)، وكشف الحقائق (٢/ ١٥٧)، والشرح الصغير (٤/ ١٠)، والمهذب (١/ ١٩٤)، والمغني مع الشرح الكبير (٦/ ١٣٤).

(٢) سورة المائدة: الآية ٢.

(٣) يراجع لمزيد من البحث، مبدأ الرضا في العقود (١/ ١٦٢ ـ ١٧١).

(٤) رواه أبو داود، الحديث ٣٦٧٤، وابن ماجه ٣٣٨٠، والحاكم (٤/ ١٤٥)، وصححه.

واستدلوا بالمعقول، وذلك لأن العقل يقتضي أنه إذا نهى الشارع عن شيء وحرمه أن يسد عليه جميع أبوابه، وإلّا فيكون النهي دون جدوى.

(ج) استئجار المرأة الأجنبية لخدمة الرجل:

حيث منعه الشافعية مطلقاً سداً للذرائع، والحنفية قالوا بكراهته للأعزب، وجوازه بدون الخلوة للمتزوج الذي معه أهله، ووافقهم المالكية وأضافوا شرطاً آخر وهو كونه مأموناً، في حين أجازه الحنابلة مطلقاً بشرطين هما عدم الخلوة وعدم النظر إليها[1]، والراجح هو قول المالكية؛ لأن الأعزب لا يؤمن من الوقوع في محرم، وأن اشتراط كون المتزوج مأموناً شرط جيد يدرأ الفساد في الغالب، بالإضافة إلى اشتراط عدم الخلوة المحرمة، وعدم الفتنة، كما هو الحال بالنسبة للرجال المرضى حيث يجوز لهم أن يستأجروا الممرضات، أو الخادمات بالشروط السابقة.

(د) استئجار الوالدين لخدمة الولد:

حيث منعه الحنفية لأنه يتنافى مع برّ الوالدين وتعظيمهما والاحسان إليهما، وأجازه الشافعية والحنابلة مع الكراهة[2].

٤ ـ أن تكون مقدورة الاستيفاء حقيقة وشرعاً، فلا تصح إجارة المغصوب من غير الغاصب[3]، ولا يصح كذلك تأجير جاهل لتدريس علوم الشرع، أو الطب أو نحوهما مما يجهله، ومثل تأجير الأعمى للحراسة بالبصر ويدخل في غير المقدورة شرعاً تأجير شخص لقتل معصوم الدم، أو لقلع سن صحيحة، أو قطع يد بدون وجه حق[4].

---

(١) درر الحكام (١/ ٥٥٦)، ومواهب الجليل (٥/ ٣٩٣)، وشرح الأنوار (٣/ ٧٢)، وكشاف القناع (٣/ ٥٤٨).

(٢) المصادر السابقة.

(٣) المصادر السابقة نفسها.

(٤) المصادر السابقة.

٥ ـ أن لا تستهلك العين المؤجرة بالإجارة، مثل الطعام، حيث لا يمكن الانتفاع به إلَّا باستهلاكه[١].

٦ ـ أن يتحقق الانتفاع بالعين المأجورة حقيقة، مثل تأجير مسكن صالح للانتفاع به، أو حكماً مثل تأجير أرض صالحة للانتفاع بها من حيث هي، وإن لم تكن صالحة إلَّا بالفعل، ومن هنا فلا يجوز تأجير جزء لا ينتفع به من حيث هو، مثل قطع غيار السيارات، أو الطائرات أو نحوها؛ لأن ذلك يتنافى مع شرط تحقق المنفعة.

وفي مجال إجارة الأشخاص يجب أن يكون العمل محققاً منفعة للمستأجر؛ لأنه تقابله الأجرة.

بطلان عقد الإجارة وفساده:

من المعلوم فقهاً أن الحنفية فرقوا بين الباطل والفاسد، فقالوا: الباطل: ما كان الخلل في أصله (أي: ركنه)، والفاسد: ما كان الخلل في وصفه (أي: شرطه) لكن الجمهور لم يفرقوا بينهما فإذا اختلت الأركان أو الشروط، أو كلاهما فإن الإجارة تصبح باطلة أو فاسدة[٢].

الخيارات في عقد الإجارة:

بما أن عقد الإجارات من المعاوضات المالية الملزمة للطرفين فَيَرِدُ عليها عدد من الخيارات مثل خيار المجلس عند الشافعية والحنابلة خلافاً للحنفية والمالكية[٣].

---

(١) الفتاوى الهندية (٤/ ٤١١)، ومواهب الجليل (٧/ ٤٤٨)، والروضة (٥/ ١٨٤)، والمغني لابن قدامة (٥/ ٥٥٢).

(٢) يراجع لمزيد من التفصيل: مبدأ الرضا في العقود ـ دراسة مقارنة ـ أ.د. علي محيى الدين القره داغي (١/ ١٥٥ ـ ١٧٧)، ومصادره المعتمدة.

(٣) يراجع: فتح القدير (٥/ ٨١)، وشرح الخرشي (٤/ ١٠٩)، والمجموع (٩/ ١٨٤)، والمغني (٣/ ٥٦٣).

ومنها: خيار الشرط لزمن اختلف فيه الفقهاء بين محدد بثلاثة أيام، أو شهرين، أو أكثر بحيث يكون للشارط حق الخيار في المدة المتفق عليها ويكون العقد غير ملزم بالنسبة له خلال تلك المدة، ثمَّ إذا لم يفسخ العقد يصبح العقد باتاً ملزماً[1].

ومنها: خيار العيب، حيث يكون للعاقد الحق في الفسخ إذا وجد في المأجور أو في المعمول عيباً تنتقص به المنفعة المقصودة في الإجارة[2].

ومنها: خيار الرؤية، وهو يثبت لمن لم ير الشيء المعقود عليه عند من يقول به (و هم جمهور الفقهاء)، وعند بعضهم إذا وصفه باوصافه ثمَّ وجد عليها فلا خيار له[3].

جهالة مدة الخيار:

إذا تم عقد الإجارة واتفقا على شرط الخيار لمدة مجهولة مثل قدوم فلان، أو نزول المطر، فقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة على أربعة آراء:

١ ـ أن الخيار صحيح وأنه يرجع في تحديده إلى السلطان (القضاء)، وهذا رأي المالكية[4] بناءً على أنه المرجع عند الخلاف.

٢ ـ أن الخيار جائز إلى أن يتحقق الشرط، وهذا رأي ابن شبرمة، والثوري،

---

(١) يراجع: فتح القدير (٥/ ١١٠)، وشرح الخرشي (٤/ ١٠٩)، والمجموع (٩/ ٢٢٥)، والمغني (٤/ ٥٢٠).

(٢) يراجع: الفتاوى الهندية (٣/ ٧٢ ـ ٧٣)، وتكملة المجموع (١٢/ ١٧٥)، والمبسوط (١٣/ ١٠٥)، وبداية المجتهد (٢/ ١٧٥)، ويراجع للتفصيل: الخيار وأثره في العقود، د. عبد الستار أبو غدة، ط دلة البركة (ص١٩٢)، ويراجع: مجلة الأحكام العدلية في موادها ٤٩٧ ـ ٥٠٦.

(٣) يراجع: فتح القدير (٥/ ١٣٧)، وحاشية الدسوقي (٣/ ٢٧)، والمجموع (٩/ ٣٣٠)، والمغني (٣/ ٤٩٤)، ود. عبد الستار أبو غدة: المرجع السابق (ص٤٩٣).

(٤) بداية المجتهد (٢/ ٢٣٥).

وأحد القولين للحنابلة[1] محتجين بقول النبي ﷺ: «**المسلمون عند شروطهم**»[2].

٣ ـ أن الخيار باطل وأن العقد أيضاً باطل، وهذا رأي الشافعية، وهو المذهب عند الحنابلة[3]، وذلك لأن الغرر مؤثر في عقد الإجارة فيجعله باطلاً.

٤ ـ أن العقد فاسد، ولكن إن أجيز من له الخيار خلال ثلاثة أيام يتحول صحيحاً، وهذا رأي أبي حنيفة، قال ابن عابدين: (لأنه قد زال المفسد قبل تقرره. . .، فإذا أسقطه تحقق زوال المعني المفسد قبل مجيئه، فيبقى العقد صحيحاً)[4].

حكم العقد بعد مضي مدة الخيار:

إذا حددت مدة خيار الشرط ومضت ولم يتعرض من له الخيار إلى الفسخ والإجازة فذهب الجمهور (الحنفية والشافعية، والحنابلة)[5] إلى أن العقد يصبح لازماً؛ لأن العقد لازم، وأثر فيه الشرط للفترة المحددة، وبعدها يعود العقد إلى لزومه، وخالفهم في ذلك المالكية حيث ذهبوا إلى أن العقد لا يلزم إلَّا بالتصريح بالفسخ، أو الإجازة[6].

الجمع بين الإجارة وعقود أخرى:

تضمنت قصة موسى عليه السَّلام مع صالح مدين على الجمع بين

---

(١) الشرح الكبير مع المغني (٤/ ٦٦).

(٢) الحديث رواه البخاري تعليقاً بصيغة الجزم مع الفتح الباري، كتاب الاجارة (٤/ ٤٥١)، ورواه أبو داود مع عون المعبود (٩/ ٥١٦)، ورواه الترمذي بلفظ (المسلمون على شروطهم. . .)، وقال: حسن صحيح، تحفة الأحوذي (٤/ ٥٨٤).

(٣) مغني المحتاج (٢/ ٤٧)، والشرح الكبير مع المغني (٤/ ٦٦).

(٤) حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٦٨ ـ ٥٦٩).

(٥) حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٧٧)، ومغني المحتاج (٢/ ٤٧ ـ ٤٨)، والشرح الكبير مع المغني (٤/ ٦٩).

(٦) الاشراف على مسائل الخلاف (١/ ٢٥١)، ويراجع د. شرف الشريف: المرجع السابق (ص١٣١).

النكاح والإجارة في صفقة واحدة، يقول القاضي ابن العربي: (هذا اجتماع إجارة ونكاح، وقد اختلف علماؤنا في ذلك على أربعة أقوال:

الأوَّل: قال في ثمانية أبي زيد: يكره ابتداء، فإن وقع مضى.

والثَّاني: قال مالك وابن القاسم في المشهور: لا يجوز، ويفسخ قبل الدخول، وبعده.

والثَّالث: أجازه أشهب وأصبغ.

الرَّابع: قال محمد: قال ابن الماجشون: إن بقى بعد المبيع، يعني من القيمة، ربع دينار يقابل البضع جاز النكاح، وإلَّا لم يجز.

وقد بينَّا توجيهات هذه الأقوال في كتب المسائل، والصحيح جوازه، وعليه تدل الآية، وقال مالك: النكاح أشبه شيء بالبيوع فأيّ فرق بين أن يجمع بين بيع وإجارة، أو بين بيع ونكاح، وهو شبهه إلَّا من جهة الرجلين يجمعان سلعتهما، وإذا كانت لرجل واحد جاز، والعاقد هنا واحد، وهو الوليّ)[1].

وإذا كان فقهاء المالكية قد اختلفوا في هذه المسألة فإن جمهور فقهاء المسلمين أيضاً قد اختلفوا في الجمع بين عقدين ـ مثل الإجارة والبيع ـ في صفقة واحدة، والذي انتهينا إليه في بحث خاص بالموضوع هو أن الممنوع هو الجمع بين عقد معاوضة مثل البيع والإجارة مع عقد سلف كالقرض، والسلم، أما الجمع بين البيع والإجارة، أو الإجارة والنكاح فهذا مشروع[2].

ضمان الأجير الخاص والمشترك:

اتفق الفقهاء على أن الأجير (سواء كان خاصاً أم عاماً ومشتركاً) يضمن

---

(١) أحكام القرآن (٣/ ١٤٧٦).

(٢) يراجع لمزيد من التفصيل والبحث: بحثنا بعنوان: أحاديث النهي عن صفقتين في صفقة واحدة، دراسة حديثية مقارنة، المنشور في: بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة، ط دار البشائر الإسلامية ببيروت (ص٣٤٣ ـ ٣٨٦).

في حالات التعدي والتقصير ومخالفة الشروط، واتفقوا كذلك على أن الأجير الخاص أمين، وأن يده يد أمانة فلا يضمن إلَّا في الحالات السابقة، وهذا هو الميزان الشرعي العام الذي يحقق العدالة للطرفين، وإنما اختلفوا في الأجير المشترك إذا تلف الشيء الملكف بصنعه، أو عمله على ثلاثة أقوال:

القول الأوَّل: لأبي حنيفة، وزفر والحسن بن زياد والشافعية على الصحيح والحنابلة في الرواية المنصوص عليها، وبه قال عطاء وطاووس، حيث يرون عدم ضمانه إلَّا في الحالات الثلاث السابقة[1]، وهذا مبني على الأصل العام الذي ذكرناه وعلى قياسه على الوكيل، والمضارب والعامل في المساقاة والمزارعة.

القول الثَّاني: أنه يضمن إلَّا إذا ثبت أنه لم يتعد ولم يفرط[2].

القول الثَّالث: لأبي يوسف ومحمد، والحنابلة في رواية والشافعية، الذين يرون أنه ان كان الهلاك بما يستطيع دفعه فإن الأجير يضمن حتى يثبت عدم تعديه وتقصيره، وان كان غير قادر على الدفع مثل الغرق العام، والحريق العام فلا يضمن[3].

والذي نرى رجحانه هو القول الثَّالث؛ لأنه أعدل الأقوال وأوسطها.

آثار العقد والتزاماته:

لعقد الإجارة على منافع الأشخاص آثار والتزامات نذكرها بصورة موجزة مبتدئين بالتزامات المستأجر ثمَّ التزامات الأجير.

---

(١) يراجع: بدائع الصنائع (٤/ ٢١٠)، وتبيين الحقائق (٥/ ١٢٤)، وحاشية الدسوقي (٤/ ٢٣)، ومغني المحتاج (٢/ ٣٥١)، والمغني مع الشرح الكبير (٦/ ١١٥)، ويراجع: د. شرف الشريف: المرجع السابق (ص٢٥٤)، وما بعدها.

(٢) المصادر السابقة.

(٣) المصادر السابقة.

التزامات المستأجر:

يجب على المستأجر ما يأتي:

أوّلاً: دفع الأجرة حسب الاتفاق، أو بعد فراغ العمل كما أمر الرسول ﷺ فقال: «**أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه**»، وهو حديث صحيح كما سبق.

وقت دفع الأجرة:

اتفق الفقهاء على أن للعاقدين الحق في تحديد طريقة الدفع تعجيلاً، أو تأجيلاً أو مقسطاً، لكن هناك بعض الحالات يرى بعض الفقهاء وجوب تعجيلها، منها:

١ ـ إجارة الذمة، حيث ذهب الشافعية إلى أن أجرتها يجب أن تسلم في مجلس العقد، والمالكية خلال ثلاثة أيام إن كان بشرط، وإلَّا يصبح العقد باطلاً[١]، في حين ذهب الحنابلة في قول، والشافعية في وجه إلى أنها إن كانت بلفظ السلم فيجب تعجيلها، وإلَّا فلا[٢].

والذي نرى رجحانه هو عدم وجوب التعجيل؛ لأن ذلك خاص بالسلم الذي ورد فيه نص، فلا تقاس الإجارة عليه.

٢ ـ إذا كانت الأجرة أعياناً مثل أن تكون الأجرة سيارة أو منزلاً، حيث اشترط المالكية والشافعية تعجيلها خوفاً من التلف والتغيُّر، وخالفهم الآخرون[٣].

دفع الأجرة عند الإطلاق:

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الأجرة عند الإطلاق تدفع عند انتهاء العمل في الإجارة المشتركة، وعند نهاية المدة في الإجارة المقيدة بالزمن

---

(١) بلغة السالك (٢/ ٢٦٧)، ومواهب الجليل (٥/ ٣٩٥)، ونهاية المحتاج (٥/ ٢٦٢).

(٢) بدائع الصنائع (٤/ ٢٠١)، والمغني مع الشرح الكبير (٦/ ١٦).

(٣) المصادر الفقهية السابقة.

إلَّا إذا كان العرف يقضي دفعها مشاهرة، أو مسانهة أو نحو ذلك فحينئذ يكون العرف هو الحكم[1].

وقت تملك الأجرة:

اختلف الفقهاء في وقت تملك الأجرة فذهب الشافعية والحنابلة إلى أن الأجرة تملك بالعقد ملكاً مراعى فيه الزمن بحيث كلما مضى زمن استقر الملك بقدره، وأنها تستقر في ذمة المستأجر عند نهاية المدة، أو تسلم العمل، قياساً على المنفعة[2]، وذهب الحنفية والمالكية إلى أن الأجرة لا تملك بالعقد، وإنما باستيفاء المنافع، حيث استدلوا بالآيات والأحاديث التي ربطت بين دفع الأجرة والاستيفاء مثل قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾[3]، وقياساً على الثمن في البيع[4].

والذي يظهر لي رجحانه أن الأجرة تثبت بالعقد، ولكن الملكية فيها غير مستقرة إلى أن تستوفى، وذلك لأن أدلة القول الثَّاني تتحدث عن الوفاء ولا تتحدث عن الملكية.

ضمانات الوفاء بالأجرة (آثار عدم الدفع):

إذا لم يقم المستأجر بدفع الأجرة المستحقة فإن للأجير الحق في حبس العين المصنوعة في الإجارة القائمة على العمل، أو الامتناع من استكمال بقية الزمن في الإجارة المحددة بالزمن[5].

---

(١) المصادر الفقهية السابقة.

(٢) نهاية المحتاج (٥/ ٢٦٣)، والمغني مع الشرح الكبير (٦/ ١٤).

(٣) سورة الطلاق: الآية ٦.

(٤) تحفة الفقهاء (٢/ ٤٧٧)، والدسوقي (٤/ ٤).

(٥) يراجع: كشف الحقائق (١/ ٣٩٦)، وحاشية ابن عابدين (٦/ ٣٤)، وشرح الخرشي (٧/ ٤٢)، ونهاية المحتاج (٥/ ٢٩٥)، والمغني مع الشرح الكبير (٦/ ١٣٦).

ثانياً: تزويد الأجير بمستلزمات عمله، فإن كان أجيراً مشتركاً يقدم إليه الشيء الذي يراد صنعه، وإن كان أجيراً خاصًا يبيِّن له المطلوب منه خلال الفترة المتفق عليها، وهكذا، وإذا لم يقم بما سبق فإن الأجير الخاص يستحق الأجر على حبسه نفسه لصالحه حتى ولو لم يعمل، وأن الأجير المشترك يكون غير ملزم بإنجاز عمله في الفترة المتفق عليها.

ويدخل كذلك ضمن هذا الالتزام ترتيب مكان العمل، ومستلزمات المكتب وتهيئة وسائل النقل للعمال، ووسائل الوقاية من أخطار العمل ونحوها إن كان العمل يقتضي ذلك.

ثالثاً ـ التزامات أخلاقية:

أوجب الإسلام مجموعة من القيم الأخلاقية الرائدة للتعامل مع الناس، وخصَّ منها العامل بكثير منها، وهي:

١ ـ النظرة إلى العامل والأجير نظرة قائمة على المساواة والأخوة دون إحساس بالتعالي والإهانة، حيث أصل الإسلام هذا الجانب، وبين أن الجميع من آدم، وآدم من تراب، وأن الفضل بالتقوى فقال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَٰكُم مِّن ذَكَرٍ وَأُنثَىٰ وَجَعَلْنَٰكُمْ شُعُوبًا وَقَبَآئِلَ لِتَعَارَفُوٓا۟ ۚ إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ ٱللَّهِ أَتْقَىٰكُمْ . . .﴾[١]، وقال الرسول ﷺ: «**إخوانكم خولكم جعلهم الله تحت أيديكم، فمن كان أخوه تحت يده فليطعمه مما يأكل، وليلبسه مما يلبس، ولا تكلفوهم ما يغلبهم، فإن كلفتموهم فأعينوهم**»[٢]؛ أي: إن هؤلاء الذي يخدمونكم إخوانكم في الدين، إن كانوا مسلمين، أو في الإنسانية إن كانوا غير مسلمين، ويقول تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ﴾[٣].

٢ ـ المعاملة الطيبة الحسنة اللائقة بالإنسان في جميع الأحوال بالقول،

---

(١) سورة الحجرات: الآية ١٣.
(٢) الحديث رواه البخاري ـ مع الفتح ـ كتاب الإيمان (١/ ٨٤).
(٣) سورة الحجرات: الآية ١٠.

والفعل، والنظرة، والسماح والمغفرة عند وقوع الخطأ، قال تعالى: ﴿وَٱلْكَـٰظِمِينَ ٱلْغَيْظَ وَٱلْعَافِينَ عَنِ ٱلنَّاسِ ۗ وَٱللَّهُ يُحِبُّ ٱلْمُحْسِنِينَ﴾[1].

٣ ـ عدم تكليف العامل والأجير بما لا يطيقه، حيث ورد بذلك آيات وأحاديث صحيحة منها قول النبي ﷺ: «**لا تكلفوهم ما لا يطيقون**»[2]، وقوله ﷺ: «**المسلم أخو المسلم لا يظلمه، ولا يخذله، ولا يحقره. . .**»[3].

رابعاً: التزامات قانونية:

تلزم قوانين العمل في عصرنا الحاضر أرباب العمل مجموعة من الإجراءات مثل:

١ ـ منح الإجازات الأسبوعية، والسنوية، والإجازات المرضية.

٢ ـ توفير وسائل الاسعافات الطبية والعلاجية، بل أنه في بعض الأحيان إذا زاد عدد العمال يوجب القانون وجود طبيب أو مستشفى لهم.

٣ ـ وجود لوائح تنظيمية وجزائية.

فهذه الأمور إذا صدر بها قرار من السلطة الشرعية يصبح ملزماً؛ لأن قراراتها في دائرة المصالح ملزمة شرعاً.

٤ ـ توفير الخدمات الاجتماعية.

٥ ـ ترتيب التأمين الصحي، والتأمين لحالات الإصابة، والعجز والهلاك.

وهذا إذا كان عن طريق التأمين التكافلي الإسلامي فهو حلال، وإلَّا فلا يجوز إلَّا في حالات الضرورة أو وجود قانون ملزم، وذلك لترتيب تعويض مناسب للعامل في هذه الحالات إما لنفسه، أو لأهله[4].

---

(١) سورة آل عمران: الآية ١٣٤.

(٢) نيل الأوطار (٧/ ٣).

(٣) صحيح مسلم (٢/ ٣٨٢).

(٤) يراجع لمزيد من التفصيل: أ. د. علي القره داغي: التأمين الإسلامي، دراسة مقارنة، ط دار البشائر الإسلامية ببيروت.

وقد تطرق فقهاؤنا إلى حالة ضمان الأجير عند هلاكه إذا كان صغيراً، حيث ذهب المالكية إلى أن صاحب العمل إذا استأجره دون إذن وليه فهلك أثناء المدة فإنه يضمنه إذا كان عمله مما يعطب في مثله[١]، أما إذا لم يكن العمل مما يؤدي إلى هلاك مثله فإنه لا يضمنه، في حين ذهب جمهورهم ـ كما قال الحافظ ابن حجر ـ إلى أن من استعان بصبي لم يبلغ دون إذن وليه فهلك في ذلك العمل فهو ضامن، وتكون ديته على عاقلته[٢].

وأما الكبير فإذا أصابه شيء فإنما يضمن المستأجر إذا كان بسبب تعديه، أو تقصيره[٣].

وقد اختار الشيخ وهبه الزحيلي: (أن المحكم في شأن إصابات العمال فقهياً هو القواعد العامة في الضمان، فيسأل المباشر للضرر وإن لم يتعد، أو التقصير وعدم التحرز في الإضرار والإهمال)[٤].

واليوم ومع وجود التأمين التكافلي أصبح العمال في مأمن بفضل الله تعالى في جميع الحالات، وهذا أمر يتفق مع مقاصد الشريعة الغراء.

التزامات الأجير:

هناك التزامات على الأجير يجب عليه أداؤها وهي:

أوَّلاً: إنجاز العمل على الوجه المطلوب المتفق عليه في الإجارة المشتركة وتسليمه إليه، أو تسليم نفسه في الزمن المحدد في الإجارة الخاصة.

ثانياً: قيامه بنفسه إن كانت الإجارة خاصة، أو مشتركة، ما دامت على غيرما في الذمة ـ كما سبق ـ وذلك الأصل في الإجارة المعينة أن يقوم الشخص بنفسه بالعمل إلَّا إذا كان الاتفاق يجيز النيابة.

---

(١) تبصرة الحكام (٢/ ٣٥٠).

(٢) فتح الباري (١٢/ ٢٥٣).

(٣) المغني والشرح الكبير (٩/ ٥٧٠)، وفتح الباري (١٢/ ٣٥٢).

(٤) د. وهبه الزحيلي: نظرية الضمان ط دار الفكر ١٣٨٩هـ (ص٢٥٧ ـ ٢٥٨).

والتحقيق أن هناك ثلاث حالات للإجارة المعينة الخاصة:

الحالة الأولى: النص على أن يقوم الأجير بنفسه، وحينئذ لا يجوز أن ينيب غيره فيه.

الحالة الثَّانية: النص على الإذن للأجير بأن يقوم بنفسه أو بغيره ففي هذه الحالة تجوز الانابة بلا شك لأن المؤمنين عند شروطهم.

الحالة الثَّالثة: الإطلاق، ففي هذه الحالة الأصل أن يقوم الأجير بنفسه؛ لأن ذاته قد تكون مطلوبة لدى المستأجر، ولذلك اختاره، ولكن بعض الحنفية أجازوا الاستنابة إذا كان المناب عنه أحسن منه[١].

وأما الإجارة الخاصة الواردة على ما في الذمة فلا يشترط فيها أن يقوم العاقد الأجير بالعمل بنفسه؛ لأنها واردة على ما في الذمة وحينئذ يكون المطلوب تحقيق الأوصاف وليس تحقيق الذوات والأشخاص.

وأما الإجارة المشتركة فإن كانت واردة على ما في الذمة فلا خلاف في عدم اشتراط قيام الأجير المشترك بالعمل بنفسه؛ لأنها واردة على عمل موصوف في الذمة.

وأما الإجارة المشتركة الواردة على غير ما في الذمة فقد اختلف فيها الفقهاء فذهب جمهورهم في جواز أن يعمل بنفسه، أو أجرائه إذا لم يشترط عليه في العقد أن يعمل بيده[٢].

ثالثاً: عدم الغياب عن العمل أثناء فترة العمل في الإجارة الخاصة:

إن الأجير الخاص مرتبط بالزمن بالدرجة الأولى في علاقته بالمستأجر،

---

(١) حاشية ابن عابدين (٦/ ١٨)، ويراجع: مواهب الجليل (٥/ ٣٩٥)، ومغني المحتاج (٢/ ٤٣٩)، وشرح منتهى الارادات (٢/ ٣٧٥)، والمغني مع الشرح الكبير (٦/ ٣٤)، ود. شرف الشريف (ص٢٣٨).

(٢) المصادر السابقة، وبدائع الصنائع (٤/ ٢٢٨).

ولذلك لا يجوز له أن يغيب عن العمل إلَّا بإذن ربِّ العمل، أو للضرورة، أو الحاجة الملحة التي تنزل منزلة الضرورة، وإلَّا فإن غاب وترتب على غيابه ضرر فإنه يجب عليه تعويضه، وأن المستأجر له الحق حينئذ أن يرجع عليه بقيمة ما فوّت عليه في جميع الأحوال، وهذا هو الرأي المعتمد عند الحنابلة(١).

وذهب الحنفية إلى أنه ينقص من أجر الأجير بقدر تقصيره في عمله(٢).

وذهب المالكية إلى أن الأجير إذا قام بعمل بأجرة كانت تلك الأجرة لسمتأجره الأوَّل، وخيّر صاحب العمل في المدونة بين أجرة الأجير التي حصل عليها من المستأجر الثَّاني، وبين إسقاط حصة مدة غيابه من أجرته عنده، أما إن عمل بالمجان فيسقط من أجرته بقدر ما فوّت على صاحب العمل(٣).

وقد حرص العلماء على هذه المسألة حرصاً شديداً، حتى إنهم اختلفوا في وقت الأكل والنافلة هل يحسب من زمن العمل أم لا؟، قاصدين بذلك التشدد والتحوط في ضرورة احترام زمن الإجارة فلننقل بعض النصوص بهذا الصدد، حيث جاء في المغني: (وليس له ـ أي: الأجير الخاص ـ محادثة غيره حالة النسخ ـ أي: نسخ كتاب بالأجرة ـ ولا التشاغل بما يشغل سره، ويوجب غلطه، ولا لغيره تحديثه، وشغله، وكذلك كل الأعمال التي تخل بشغل السر والقلب...)(٤)، وجاء في حاشية الشرقاوي: (ولو صلى، ثمَّ قال: كنت محدثاً مكن من الاعادة، وسقط من الأجر بقدر الصَّلاة الثَّانية)(٥).

وحدد الفقهاء زمن فعل المكتوبات والنوافل بأقل زمن ممكن، حيث جاء في حاشية الجمل على شرح المنهج: (ويستثنى من زمن الإجارة فعل

(١) المغني والشرح الكبير (٦/ ٣٧).
(٢) حاشية ابن عابدين (٦/ ٧٠).
(٣) مواهب الجليل (٥/ ٤٢٦)، والدسوقي على الشرح الكبير (٤/ ٢١).
(٤) المغني والشرح الكبير (٦/ ٣٧).
(٥) حاشية الشرقاوي (٢/ ٥٨).

المكتوبة، ولو جمعة لم يخش فواتها...، وطهارتها، وراتبتها، وزمن الأكل، وقضاء الحاجة، وظاهر أن المراد أقل زمن يحتاج إليه فيهما)[1].

والخلاصة: أنَّ الوقت الذي حدد في العقد بالنسبة للأجير الخاص يقتضي أن ينشغل بالعمل المطلوب منه دون تضييعه، ولا التفريط فيه إلَّا ما هو مستثنى لحق الله تعالى كالعبادات، أو للضروريات والحاجيات التي لا غنى للإنسان عنها مثل الأكل والشرب بالمعروف، أو لانقاذ آخر كما في حالة الغرق والحرق.

والمعيار في العمل هو بذل الرجل المعتاد المتوسط، فإن قَدَّم صاحب العمل إلى الأجير أعمالاً إليه فأنجزها في اليوم، وبقي من الوقت فإن حق صاحب العمل لا يسقط في بقية الزمن، حيث يجب عليه الالتزام بالوقت، فالموظف الذي حدد له وقت من الساعة الثَّامنة صباحاً إلى الثَّانية ظهراً ـ مثلاً ـ يجب عليه الحفاظ على البقاء طوال هذا الوقت مع العمل إن وجد، وأن لا يشغل نفسه إلَّا بمصلحة عمله طوال هذه الفترة سوى الاستثناءات الي ذكرناها وحتى في هذه الاستثناءات يجب مراعاة انجازها بشرعة، بل إن الفقهاء يقولون: لو كان المسجد بعيداً يستغرق ذهابه إليه وقتاً طويلاً، وذهب إليه العامل فإنه ينقص من أجرته بمقدار غيابه عن العمل[2]؛ لأن الأجرة في مقابل المنفعة فتوزع عليها، أو يقوم الأجير ـ الموظف ـ بتعويض الوقت الذي فات.

رابعاً: وجوب الحفاظ على ما تحت رعايته من آلات وأدوات ومعدات وأعمال، فهذا ما تقتضيه الأمانة والقواعد العامة في الإسلام.

خامساً: تنفيذ أوامر ربّ العمل بالقدر الذي يخص العمل، أو الوقت المحدد بالمعروف، فإن كان العمل مفصلاً في العقد فالمرجع هو العقد، وإلَّا فحسب العرف.

---

(١) حاشية الجمل على شرح المنهج (٣/ ٥٤) بتصرف بسيط.
(٢) المغني والشرح الكبير (٦/ ٣٧).

سادساً: التزامات قانونية مثل الالتزام بلوائح وقوانين العمل، والإجراءات التنظيمية مما يدخل في السياسة الشرعية القائمة على المصالح المرسلة.

سابعاً: التزامات أخلاقية تفرضها الأخلاقيات الإسلامية من الأمانة والصدق، وعدم الغش، ومن السعي الحثيث للاتقان، والابداع وحسن السلوك والأخلاق في تعامله والنصح والارشاد والبيان، ونحو ذلك.

ومن أهمّ هذه الالتزامات الأخلاقية أيضاً عدم قيام الأجير بإفشاء أسرار العمل وربّ العمل، أو أهله، أو كل ما يطلع عليه بحكم كونه أجيراً أو عاملاً أو موظفاً، فلا يجوز له إفشاء كل ما فيه إضرار بمصلحة ربّ العمل من أسرار العمل والصنعة، والأشياء الخاصة بصاحب العمل، حيث تدل النصوص الكثيرة على منع أسرار الآخرين[١].

الشروط المقترنة بالإجارة على الأشخاص:

لا يختلف حكم الشروط المقترنة بالإجارة بصورة عامة عن الشروط المقترنة بالبيع، ولذلك قسمها الفقهاء ـ من حيث الجملة ـ إلى قسمين:

القسم الأوَّل: شروط صحيحة: وقد اختلف فيها الفقهاء بين موسع، ومتوسط، ومضيق، **والذي نرى رجحانه** هو أن الأصل فيها الإباحة، وبالتالي فكل شرط في عقد الإجارة صحيح إلَّا إذا تعارض مع نص من الكتاب أو السنة، أو الاجماع، أو مقتضى العقد، وهذا ما تدل عليه الأدلة المعتبرة[٢].

---

(١) يراجع: رياض الصالحين ط مكتبة المعارف بالمغرب (ص١٠٩، ٢٣٠)، ومنها قوله ﷺ: «... **ومن ستر مسلماً ستره الله في الدنيا والآخرة**» رواه مسلم الحديث ٢٦٩٩.

(٢) يراجع في تفصيل وتأصيل هذه المسألة وأقوال الفقهاء فيها، وبيان التحقيق في نسبتها إليهم: مبدأ الرضا في العقود (٢/١١٤٨ ـ ١١٩٥).

القسم الثَّاني: شروط غير صحيحة: وهي الشروط التي تعارضت مع النصّ، أو مع مقتضى العقد[1]. ثمَّ إن هذه الشروط نوعان: نوع يؤثر في العقد فيجعله باطلاً وهي الشروط التي تؤثر في العلم بالمعقود عليه فتجعله مجهولاً أو غرراً. ونوع من الشروط إذا تمّ الاتفاق على إزالته ـ على تفصيل ـ فإن العقد يصبح صحيحاً عند بعض الفقهاء[2].

فسخ الإجارة:

ينفسخ عقد الإجارة بعدة أشياء منها:

١ ـ الإقالة: إذا كانت الإجارة على عمل أو كانت محددة فلا يحق لأحدهما وحده الفسخ إلَّا برضا الآخر؛ لأنها ملزمة عند جمهور الفقهاء، وأما الذين يقولون بأنها غير ملزمة فيحق لأي واحد منهما الفسخ إلَّا إذا ترتب عله ضرر ـ كما سبق ـ.

وأما الإجارة غير محددة المدة فقد سبق الخلاف والتفصيل فيها، والذي رأينا رجحانه هو أنها ملزمة بقدر ما دفع.

وفي جميع الحالات فإذا اشترط أحدهما في العقد حق الفسخ في أي وقت شاء، أو خلال فترة زمنية مثل شهرين، فهذا الشرط صحيح كما هو الحال اليوم في معظم عقود العمل حيث تعطى.

٢ ـ حدوث عيب مؤثر في الأجير الخاص، أي مفوت للمنافع المقصودة مثل فقدان البصر، أو مرض لا يمكنه معه القيام بما التزم به[3] حيث يعطى حق الخيار للمستأجر.

---

(١) تبيين الحقائق (٥/ ١٣٧)، وحاشية الدسوقي (٤/ ٢٨)، والمغني مع الشرح الكبير (٦/ ١١٨).

(٢) المصادر السابقة.

(٣) حاشية ابن عابدين (٦/ ٧٧)، والمغني مع الشرح الكبير (٦/ ٣٠)، والمهذب (١/ ٤١٢).

٣ ـ وجود أعذار طارئة، حيث ذهب الكرخي إلى فسخها بالعذر الطارىء على الأجير والمستأجر في حين ذهب الحنفية وابن حزم إلى أن الإجارة تفسخ بالعذر الطارىء على المستأجر فقط مثل أن يستأجر أحداً لتسيير سفينة، ثمَّ يأتي حاكم يمنع السفر بها، وخالفهم الجمهور حيث قالوا: لا تفسخ بالعذر الطارىء[١]، وقد قيدتها بعض الفتاوى المعاصرة بالأعذار القهرية[٢].

٤ ـ عدم قيام أحد الطَّرفين بالتزاماته تجاه الآخر التي نص عليها الشرع أو العقد، أو هي معروفة بالعرف، ويدخل فيه اعتداء أحدهما على الآخر.

٥ ـ حبس غير المستأجر للأجير الخاص، أو الأجير المشترك الذي اشترط أن يقوم هو بنفسه بالعمل[٣].

٦ ـ بلوغ الصبي ـ على التفصيل السابق ـ.

٧ ـ خيانة الأجير (العامل) أو سرقته.

٨ ـ تغير عمل العامل من قبل المستأجر.

وقد أوضحت قوانين العمل مجموعة من الضوابط لفسخ العقد[٤].

والفسخ يتحقق بإرادة الطَّرفين في هذه الحالات التي ذكرناها، وعند الاختلاف يرجع الأمر إلى القاضي على تفصيل ليس هذا محله[٥]. . .

---

(١) تبيين الحقائق (٥/ ١٤٥)، وبداية المجتهد (٢/ ٢٦٠)، والمهذب (١/ ٤١٢)، وحاشية البجيرمي (٣/ ٣٨٣)، وكشاف القناع (٤/ ٢٣).

(٢) فتوى بيت التمويل الكويتي رقم ٢٣٣، ٢٥٣، وفتوى الهيئة الشرعية الموحدة للبركة (٩/ ٩).

(٣) حاشية البجيرمي على شرح المنهج، ط دار الفكر (٣/ ٣٨٠ ـ ٣٨١).

(٤) يراجع: د. شرف الشريف: المرجع السابق (ص٣٥٢)، وما بعدها.

(٥) بدائع الصنائع (٤/ ٢٠)، والفتوى الهندية (٤/ ٤٥٩).

انتهاء عقد الإجارة على الأشخاص بنفسها:

يختلف عقد الإجارة الواردة على المعين عن الإجارة الواردة على الذمة، ولذلك نذكر حكم كل واحد منهما:

أولاً: انتهاء الإجارة المعينة، حيث تنتهي بما يأتي:

١ ـ انتهاء المدة، أو العمل ـ حسب التفصيل السابق ـ.

٢ ـ موت الأجير الخاص المعين، أو فقدانه أهلية الأداء بالكامل مثل الجنون، وأما موت صاحب العمل في الإجارة الخاصة فلا يؤثر في العقد عند جمهور الفقهاء خلافاً للحنفية والظاهرية(١).

ثانياً: انتهاء الإجارة الواردة على الذمة، حيث تنتهي بأداء ما التزم به، ولا تنتهي بموت الأجير، وهل تنتهي بموت المستأجر (صاحب العمل)؟.

ذهب الجمهور إلى عدم انتهائها بموته، في حين ذهب الحنفية والظاهرية إلى انتهائها بموته(٢).

والراجح هو قول الجمهور؛ لأن موته لا تأثير له في التزاماته السابقة، وأن الأجرة ستصبح ديناً وبالتالي يجب أداؤها من ماله كما هو الحال في ثمن البيع في حالة موت المشتري قبل دفع الثمن.

ثالثاً: فوات محل المنفعة حسّا أو شرعاً، كأن أجّره لإدارة مدرسة معينة فانهدمت، أو سحب ترخيصها نهائياً، وكأن أجّر امرأة لخدمة مسجد لمدة سبعة أيام فحاضت من بدايتها أو نفست(٣).

---

(١) يراجع: حاشية ابن عابدين (٦/ ٧٩)، وبداية المجتهد (٢/ ١٧٣)، وحاشية البجيرمي (٣/ ٣٨١)، والمغني مع الشرح الكبير (٦/ ٥٠)، والمحلى (٥١٩، ٦).

(٢) المصادر السابقة.

(٣) حاشية البجيرمي على شرح المنهج (٣/ ٣٧٩ ـ ٣٨٠).

حكم الإجارة غير الصحيحة:

الإجارة غير الصحيحة تقسم عند الحنفية إلى إجارة باطلة، وإجارة فاسدة، فالإجارة الباطلة هي ما كان الخلل في أركانه وشروطه، أو في أركانه فقط، والإجارة الفاسدة هي ما كان الخلل في شروطه فقط، وأما الجمهور فلم يفرقوا بينهما(١).

فالإجارة الباطلة مثل أن يكون أحد العاقدين ليس له أهلية الأداء مطلقاً، ومثل أن يكون المعقود عليه (المنفعة) محرماً حيث حكى ابن رشد الاجماع على بطلان ذلك(٢).

والإجارة الفاسدة مثل أن تكون هناك جهالة، أو اشترط شرط مخالف لمقتضى العقد، جاء في تبيين الحقائق: (إذا كان ما وقع عليه عقد الإجارة مجهولاً في نفسه، أو في أجرة، أو في مدة الإجارة، أو في العمل المستأجر عليه، فالإجارة فاسدة...)(٣).

والإجارة الفاسدة عند الحنفية إذا أزيل سبب فسادها تصبح صحيحة، وأنه إذا قام الأجير بما عليه فإنه يستحق الأجر في الإجارة الفاسدة باتفاق الفقهاء، ولكنهم اختلفوا في وقت الاستحقاق وفي مقدار الأجرة.

فذهب جمهور الفقهاء (المالكية، والشافعية والحنابلة في رواية)(٤) إلى أن الأجرة تجب بالتمكن من استيفاء المنفعة، وإن لم ينتفع؛ لأن الأجير قد حبس نفسه ومكن المستأجر من الانتفاع به طوال المدة فيستحق أجر المثل بالغاً ما بلغ.

---

(١) يراجع للتفصيل والتأصيل في هذه المسألة: مبدأ الرضا في العقود (١/ ١٥١ ـ ١٧٢).

(٢) بداية المجتهد (٥/ ٢٥٠).

(٣) تبيين الحقائق (٥/ ١٢١) مع حاشية الشلبي.

(٤) حاشية الدسوقي (٣/ ١٣)، وشرح منتهى الارادات (٢/ ٣٨١).

وذهب الحنفية إلى أن الأجير لا يستحق الأجر إلَّا بتحقق استيفاء المنفعة، لأن العقد فاسد فلا يستحق الأجرة إلَّا بتحقيق العمل كما في النكاح الفاسد، وأن أجرته حينئذ إن علمت فلا تزاد على المسمى؛ أي: يكون له الأقل من أجر المثل، ومن المسمى، وإن لم تعلم فيكون له أجر المثل[1].

الضمان في الإجارة غير الصحيحة:

الضمان في العقود غير الصحيحة تابعة لأصل العقد، وبالتالي فيكون حكم ضمان الأجير فيها حكم ضمانه على ضوء التفصيل السابق.

التطبيقات المعاصرة:

تقدم المؤسسات المالية المنافع (الخدمات) بنوعيها: المنفعة (الخدمة) المعَيّنَة، والمنفعة (الخدمة) الموصوفة في الذمة، وذلك مثل الدراسة في الجامعات، أو المعاهد، أو نحوهما، ومثل الخدمات الصحية من العلاج، والعمليات الجراحية التي تقدمها المستشفيات، أو الأطباء، أو خدمات النقل عبر الطيران، أو السفن، أو السيارات، فهذه الخدمات إن تم العقد فيها على تعيين الجهة المقدمة (سواء أكانت شخصيَّة معنويَّة، أم شخصاً طبيعيًّا)، وتعيين الخدمة المحددة فهي إجارة واردة على منفعة معينة.

أما إذا تم التعاقد فيها على خدمة موصوفة في الذمة دون تحديد من يقدمها فهي إجارة موصوفة في الذمة ـ وإن المهم هو خدمة موصوفة في الذمة ـ.

فالمعيار في الإجارة الموصوفة في الذمة هو تحقيق المواصفات المطلوبة دون النظر إلى الشخص الذي يقدمها بعينه، في حين أن المعيار في الإجارة المعينة هو الشخص الذي يقدم الخدمة، فالشخص الأجير بعينه مطلوب هنا، وليس مطلوباً في الموصوفة في الذمة.

---

(١) حاشية ابن عابدين (٦/ ٤٦).

ونذكر هنا نماذج من العقود المطبقة في المؤسسات المالية الاسلامية بنوعيها السابقين:

١ ـ أنموذج من عقد الإجارة الواردة على شخص معين.

٢ ـ أنموذج من عقد الإجارة الموصوفة في الذمة.

الخطوات التنفيذية:

هذه الأعمال والخدمات في حقيقتها هي تدخل ضمن المرابحة في المنافع، ولذلك نطبق عليها إجراءات المرابحة للآمر بالشراء على ضوء ما يأتي:

١ ـ وجود وعد ملزم من الطَّرف الطالب بالمنفعة (الخدمة)[1] بشرائها وتأجيرها... وبعبارة أخرى: التوقيع على اتفاقية تفاهم مشترك، تذكر فيها الخطوات والالتزامات المتبادلة، وبيان الخدمة المطلوبة سواء كانت معينة أم موصوفة في الذمة.

٢ ـ قيام المؤسسة بالاتفاق مع الجهة صاحبة الخدمة على الشروط والمواصفات المطلوبة من قبل طالب الخدمة.

٣ ـ ثمَّ قيام المؤسسة بالتوقيع مع طالب التمويل «العميل» بعد تحديد مدد الأقساط المطلوبة، والضمانات المطلوبة للسداد.

---

(١) شرح المصطلحات المستعملة في العقود المستخدمة في إجارة المنافع والخدمات:
* **مقدم الخدمة**: هو الجامعة، أو المعهد في خدمة التعليم، والمستشفى في خدمة الصحة، وهكذا.
* **طالب الخدمة**: هو مستخدم الخدمة والمستفيد منها، وهو عميل البنك، وهو الآمر بشراء المنفعة أو الخدمة.
* **البنك**: الذي يقدم الخدمة حسب العقد للعميل مباشرة؛ لأن البنك يقوم بالتعاقد مع مقدم الخدمة لنفسه، ثمَّ يقدمها، أو يبيعها أو يؤجرها تأجيراً من الباطن للعميل في الإجارة المعينة.

ويجوز في الإجارة الموصوفة في الذمة أن تقوم المؤسسة المالية مباشرة بالاتفاق والتوقيع على العقد مع طالب الخدمة «العميل» لأن محل العقد يتعلق بالذمة، ولا يشترط وجوده وقت العقد، وإنما عند وقت تسليم الخدمة.

ثمَّ بعد الاتفاق مع العميل توقع المؤسسة على العقد مع الجهة المقدمة للخدمة.

فعلى ضوء ذلك فإن المؤسسات المالية الإسلامية تستخدم عقد الإجارة أولاً مع المؤسسة، ثمَّ تعيد تأجيرها في حالة الإجارة المعينة مع العميل؛ أي: التأجير من الباطن، وبعبارة أخرى تستخدم عقد الإجارة في المنافع، مع عقد الإجارة الموازي.

ولكن يجب عدم الربط بين الإجارة الموصوفة في الذمة التي تم إبرامها مع صاحب الخدمة، وبين عقد الإجارة مع العميل المستفيد من الخدمة حتى يبتعد تماماً عن الصورية، وبعض المحظورات الشرعية في المعاملات.

وصلَّى الله على عبده ورسوله المبعوث رحمةً للعالمين
وعلى آله وصحبه أجمعين،
وآخر دعوانا أن الحمد لله ربّ العالمين.

أ.د. علي محيي الدّين القره داغي



المحتوى

الموضوع	الصفحة

تنمية موارد الوقف والحفاظ عليها
(دراسة فقهية مقارنة)

الصفات المؤثرة في العلاقة بين الشركات
(الشخصية الاعتبارية، الذمة المالية، الملكية المتداخلة، السيطرة)
(بحث فقهي قانوني مقارن)

الإجارة وتطبيقاتها المعاصرة
الإجارة المنتهية بالتمليك وصكوك الإجارة
(دراسة فقهية مقارنة)

الإجارة على منافع الأشخاص

(دراسة فقهية مقارنة في الفقه الإسلامي، وقانون العمل)

❑ ❑ ❑


رفع
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com



رَفْعُ
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com